REVUE INTERNATIONALE DE DROIT PENAL

LES RELATIONS ENTRE LE DROIT PENAL ET LA PROCEDURE PENALE

*

THE RELATIONS BETWEEN THE ORGANIZATION OF THE JUDICIARY AND THE RULES OF CRIMINAL PROCEDURE

Berne (Suisse), 14-16 Avril, 1988

ASSOCIATION
INTERNATIONALE
DE DROIT PÉNAL

60e année - nouvelle série 3e et 4e trimestres 1989

Editions Erès

LES RAPPORTS ENTRE L'ORGANISATION JUDICIAIRE ET LA PROCEDURE PENALE EN ITALIE

M. CHIAVARIO *

1. L'infrastructure de la justice pénale

1. En Italie, la quantité des dépenses annuelles attribuées à l'administration de la justice ne dépasse pas ordinairement 1 à 1,1 % du budget national. Ces chiffres sont généralement considérés comme sous estimant les problèmes financiers de la justice. Pourtant, au-delà des querelles sur les pourcentages comparés par rapport au budget national, les controverses touchent souvent à la répartition des dépenses à l'intérieur même de l'institution judiciaire.

Le Ministère de la justice demeure le pivot du système de distribution et de gestion des dépenses en ce domaine. Cela devrait sauvegarder, en principe, les exigences d'une répartition équitable sur le territoire. Cependant, la structure des services ministériels - elle-même fortement bureaucratisée, encore que confiée à la responsabilité d'un certain nombre de magistrats "hors cadre" - ne semble pas totalement apte à faire face aux pressions corporatistes et locales : le résultat est que (assez souvent) des besoins de moindre importance - sinon tout à fait "de façade" - risquent d'être privilégiés au détriment de ce qui serait absolument nécessaire à l'efficacité du fonctionnement de la justice, c'est-à-dire au détriment des infrastructures minimales et de la formation du personnel.

C'est surtout par réaction à ces tendances qu'on a lancé un slogan devenu à la mode : "la justice comme management". On veut souligner par-là que les problèmes du "service de justice" devraient être abordés non seulement en fonction de leur relation fondamentale avec les exigences de sauvegarde des droits de la personne et avec les difficultés posées par l'équilibre à respecter des pouvoirs publics, mais encore

(*) Professeur à l'Université de Turin, (Italie).

en fonction de l'exploitation la plus rationnelle des ressources par rapport aux besoins.

Une dernière constatation est tirée de l'actualité la plus immédiate. L'établissement des programmes des dépenses nationales relatives à 1988, tel qu'il résulte du projet de loi budgétaire pour l'année prochaine, fait craindre des amputations considérables des dépenses pluri-annuelles destinées à la mise en oeuvre et au fonctionnement des structures et des infrastructures nécessaires au nouveau Code de procédure pénale. Faut-il ajouter que la réaction du Garde des Sceaux - franchement hostile à ces amputations - a été représentative d'un état d'âme très répandu à l'intérieur et à l'extérieur des milieux judiciaires ?

2. Les autorités et leur rôle

2.1 - 2.2 - En abordant la plus riche des sections du questionnaire, nous remarquerons immédiatement qu'en Italie c'est la Constitution elle-même qui consacre l'idée d'un rôle premier des magistrats professionnels dans le système judiciaire tout entier.

En effet, la Charte fondamentale de la République établit le principe selon lequel "la fonction juridictionnelle est exercée par des magistrats ordinaires", dont le recrutement "a lieu par concours". Quant à la "participation directe du peuple à l'administration de la justice", c'est à la loi "d'en déterminer les cas ainsi que les règles".

Or, au sein des juridictions répressives, seules les Cours d'assises réalisent une participation populaire. Il y a deux sortes de Cours d'assises : a) Cours de première instance, compétentes pour juger une liste déterminée d'infractions, tels les crimes contre la personnalité de l'Etat, les formes les plus graves de l'homicide, le vol avec violence ... ; b) Cours d'assises d'appel qui examinent, au second degré, les décisions des premières.

Les unes et les autres sont composées de huit membres, dont deux (Le président inclus) sont des magistrats professionnels, tandis que les six autres sont des "juges populaires" désignés par tirage au sort. Ces juges sont des "citoyens" remplissant certaines conditions générales (telles le fait d'être titulaire des droits politiques ainsi que d'avoir un niveau scolaire moyen). Dans chaque Cour d'assises, les juges professionnels et les juges "populaires" forment un collège unique et unitaire à tous égards, tels les "échevins" traditionnels. Bien entendu, on ne saurait nier qu'en fait, le président et le juge "a latere" jouent un rôle souvent prééminent, notamment aux fins de résoudre des questions de droit pendant le déroulement du procès ainsi que dans la Chambre de conseil conclusif (sans parler des pouvoirs de direction des débats que la loi confère au président en tant que tel). Pourtant, la règle de la

pleine collégialité des délibérations n'est pas démentie, avec toutes ses conséquences, au niveau de l'expression de la volonté du collège par des votes majoritaires (quant à la voix du président, elle n'est pas prépondérante en cas d'égalité, car c'est alors la "favor rei" qui l'emporte). Seule demeure la possibilité pour les juges professionnels - en tant que "naturellement chargés de la tâche de rédiger les "motifs" de la décision - de résoudre la difficulté par une décision "suicidaire", c'est-à-dire par une contradiction voulue (entre les motifs et le dispositif délibéré par la majorité) en vue d'une annulation.

A l'époque des manifestations les plus sanglantes du terrorisme politique, le projet a été formé de supprimer les Cours d'assises ou, tout au moins, d'en limiter les compétences par la création d'une "Haute cour criminelle" formée uniquement de magistrats professionnels. De l'avis de ceux qui souhaitaient ces réformes, une telle institution aurait sauvegardé les besoins de la justice et de la répression et permis d'échapper aux manoeuvres d'intimidation vis à vis desquelles les juges populaires auraient été plus démunis. Néanmoins, les raisons permanentes de la participation populaire l'on emporté sans que le cours de la justice en ait été paralysé. Aujourd'hui, les Cours d'assises gardent donc leur rôle traditionnel à l'intérieur de l'organisation de la justice répressive, à côté des autres juridictions criminelles ordinaires : tribunal (juridiction collégiale de première instance, à composition entièrement professionnelle) ; "pretore" (juridiction monocratique de première instance pour des infractions généralement de faible gravité, également assurée par des juges professionnels sauf le recours à d'autres personnes, notamment des avocats, en qualité de vicaire) ; Cours d'appel (juridiction collégiale composée par des magistrats professionnels, ayant maintenant une compétence généralisée de second degré envers les décisions des juridictions des deux catégories que nous venons de mentionner).

Un débat est ouvert, depuis longtemps, sur le problème de l'attribution éventuelle d'une partie des compétences judiciaires à des juges de paix non-professionnels. Pourtant, il est peu probable qu'en ce domaine des réformes spectaculaires soient mises en oeuvre dans un avenir proche, tout au moins en ce qui concerne directement la justice pénale. Il est plus vraisemblable que des juges non-professionnels soient recrutés et employés en plus grand nombre qu'aujourd'hui par rapport à l'administration de la justice civile ; ce qui pourrait entraîner des conséquences indirectes sur le fonctionnement des juridictions pénales elles-mêmes, dans la mesure où le phénomène permet de dégager des forces "professionnelles" cantonnées aujourd'hui à l'intérieur de l'autre branche fondamentale de la justice ordinaire.

Il faut ajouter qu'en Italie on discute volontiers de la professionnalité "réelle" des magistrats, qui paraît souvent abandonnée aux "charismes" des particuliers plutôt qu'à des mécanismes de formation et de sélection qui réclament ces qualifications. Ce serait notamment la justice pénale qui en souffrirait à cause d'un système qui tend à privilégier une formation de base faite "sur mesure" par des civilistes et favorisent de fréquents déplacements de rôle "sur demande". Des projets de réforme ont été élaborés en vue de modifier à la racine le mécanisme du concours d'accès à la magistrature ainsi qu'en vue d'assurer une préparation adéquate sous forme de stages avant et après le concours. D'autres propositions concernent le déroulement de la carrière des magistrats afin, d'encourager une spécialisation tout en sauvegardant et en développant les avantages d'une formation appuyée sur des connaissances et des engagements de large envergure.

2.3 - On ne saurait tirer de la Constitution républicaine de 1948 une attitude favorable aux juridictions spéciales. La Charte a interdit la création de "nouvelles" juridictions de ce genre en soulignant, en même temps, l'exigence de sauvegarder l'indépendance du juge au sein de juridictions spéciales déjà existantes (d'ailleurs, une disposition transitoire assignait au Parlement un délai de cinq ans pour la "révision" de ces juridictions afin de les rendre conformes à l'ensemble des principes de la Constitution). C'est justement au nom du principe de l'indépendance judiciaire que la Cour constitutionnelle italienne a annulé les compétences pénales attribuées à certains organes de l'administration active de l'Etat auxquels la fonction répressive était conférée par connexité de rôles (capitaine de port relativement à la détermination des infractions maritimes, "intendente di finanza" relativement à la détermination des infractions financières).
A présent, abstraction faite des juridictions des mineurs, - "organes spécialisés de la juridiction ordinaire" -, le domaine réservé à la "spécialité de la juridiction" dans le domaine pénal est relativement réduit. On voudrait qualifier de "juridiction pénale spéciale" la Cour constitutionnelle en raison d'une de ses compétences "secondaires", c'est-à-dire en raison de sa compétence pour juger les crimes de haute trahison et les atteintes à la Constitution commis par le Chef de l'Etat ainsi que les infractions commises par les Ministres dans l'exercice de leurs fonctions (cette deuxième compétence va disparaître à la suite d'une réforme souhaitée par tous les groupes politiques). Cependant, il appartient à la Cour elle-même de refuser cette qualification en préférant la définition de "juridiction constitutionnelle pénale exclusive".

Quant aux tribunaux militaires, leur nature de "juridictions pénales

spéciales" est indiscutable. La Constitution renvoie à la loi au sujet de leur compétence en cas de guerre, tandis qu'elle limite directement le domaine de leurs compétences en temps de paix en faisant référence aux seules "infractions militaires commises par des membres des Forces armées". Il faut encore souligner que la structure des organes judiciaires militaires a été révisée tout récemment en Italie à la suite d'une querelle qui, portait entre autres, sur le retard du Parlement à intervenir en la matière (la Constitution avait fixé un délai très court, tout au moins au sujet de la révision du système de griefs). Quant aux tribunaux militaires de première instance, la majorité des membres des collèges est désormais constituée par des "magistrats militaires" (extérieurs à l'Armée et à l'égard desquels des garanties d'indépendance sont prévues, bien qu'il ne s'agisse pas de magistrats ordinaires). Un recours vient également d'être admis devant des Cours militaires d'appel composés de la même façon par des militaires et des magistrats militaires qui ont la majorité. Dans le même ordre d'idées, le pourvoi en cassation est assuré.

En ce qui concerne les règles de procédure, il faut rappeler que les "codes pénaux militaires" se trouvent en relation de "spécialité" par rapport aux codes pénaux communs (y compris le code de procédure pénale). Cependant, les disparités les plus remarquables - telles certaines limitations du choix du défenseur - viennent de disparaître, soit en vertu de réformes législatives, soit à la suite d'interventions de la Cour constitutionnelle. Parmi les différences ayant survécu, on peut mentionner la règle d'exclusion de la partie civile, justifiée - mais pas sans contestation - au nom de la priorité de l'intérêt public à l'intérieur de la procédure pénale militaire.

2.4 - Depuis longtemps, une "Cour Suprême de cassation", ayant son siège à Rome, est instituée garante du respect ponctuel et de "l'interprétation uniforme" de la loi nationale, ainsi que des "limites entre les différentes juridictions". Bien entendu, la mise en oeuvre - par le nouvel ordre républicain - d'une Cour constitutionnelle n'a pas été sans conséquence sur la position institutionnelle de la Cour de Cassation, à cause des fonctions attribuées à l'autre Cour en tant que juge de la constitutionnalité des lois ainsi que des conflits d'attribution entre les pouvoirs publics (y compris les conflits dans lesquels le pouvoir juridictionnel est partie en cause). On ne saurait pas plus oublier l'institution du Conseil supérieur de la magistrature, organe à composition "mixte" de magistrats et de délégués du Parlement, auquel la Constitution confère les fonctions de gardien de l'autonomie et de l'indépendance de la magistrature dans son ensemble.

Néanmoins, si l'on considère uniquement l'exercice des fonctions juridictionnelles stricto sensu et si l'on met à part toute idée de "hiérarchie", il n'est pas faux de continuer à définir la Cour de cassation comme le sommet de l'ordre juridictionnel italien. Il y a six "Chambres criminelles" à la Cour en matière pénale. Cela revient à souligner une certaine relativité de la notion "d'interprétation uniforme" si l'on va au-delà des formules de la loi pour saisir ce qui se passe dans le "vécu" de la Cour : relativité amorcée mais non entièrement effacée par l'institution des "Chambres réunies", dont les décisions n'ont pas d'autorité vraiment obligatoire pour les chambres ordinaires.

Il faut ajouter que la Cour de cassation italienne est conçue en principe comme une juridiction "de droit" et de "légitimité" par opposition aux juridictions "du fait" et "du fond". Toutefois, il y a des situations où la loi élargit les pouvoirs de la Cour jusqu'à reconnaître, par exemple, que celle-ci est "en tout cas juge du fond... lorsqu'il faut appliquer des dispositions de loi plus favorables pour l'accusé, encore que survenues au pourvoi, s'il n'y a pas la nécessité d'assumer des preuves nouvelles autres que l'exhibition de pièces". Même à faire abstraction de ces situations, la Cour est cependant appelée, le plus souvent, à étendre son examen hors des domaines traditionnels de ses compétences, en raison du contrôle qui lui est confié sur les "motifs" des décisions ; d'où une surcharge de travail pour la Cour ainsi qu'un risque de détournement pour celle-ci de son rôle le plus essentiel. Aucun projet de réforme n'a atteint son but à ce propos.

2.5 - et 2.9 - La question de la structure et des fonctions du Parquet est sans doute une des questions centrales pour le présent et pour l'avenir de l'organisation judiciaire italienne. Aujourd'hui, le ministère public n'est pas soumis au contrôle des institutions politiques au strict sens du terme. Ses membres sont des magistrats qui jouissent des mêmes garanties que celles attribuées aux magistrats du siège. Quant au pouvoir disciplinaire, il est exercé - envers les uns et les autres - par le Conseil supérieur de la magistrature, qui est également compétent pour prendre les décisions relatives à la carrière de tous les magistrats.

Quelques éléments d'une structure hiérarchique survivent presque exclusivement à l'intérieur des bureaux du Parquet. Une "procure" de la République est constituée auprès de chaque tribunal, possédant, entre autres, le pouvoir d'exercer l'action pénale devant le tribunal et devant la Cour d'assises. Or la "procure" est régie par un titulaire à l'égard duquel les "substituts" ne jouissent pas d'une pleine autonomie. Un procureur général est instituée auprès de chaque Cour d'appel ; il est assisté de la même façon et exerce notamment des pouvoirs d'initiative

et de présence en relation au déroulement des jugements en deuxième ressort. Quant au Parquet général près la Cour de cassation, ses pouvoirs sont limités en fonction des procédures devant la Cour Suprême.

De nombreuses voix se sont élevées, à plusieurs reprises, pour réclamer le retour du Parquet à une organisation interne franchement pyramidale et soumise, dans son ensemble, au Garde des Sceaux. On aime souligner qu'il ne s'agirait pas de rétablir la situation existant à l'époque fasciste car, actuellement, le pouvoir exécutif est soumis à son tour au contrôle d'un Parlement librement élu.

Néanmoins, ces propositions sont très controversées ; nous pensons que les inconvénients d'une restauration "hiérarchique" et d'un soumission "politique" du Parquet continuent à l'emporter sur les avantages. L'accord en vue d'une restructuration du rôle du ministère public par rapport à la dynamique du procès pénal est plus large : c'est dans cette direction qu'est orienté le projet du nouveau Code de procédure pénale. En effet, on ne saurait affirmer qu'aujourd'hui le ministère public joue le rôle d'une simple "partie" au procès. Une telle assertion, peut-être vraie à propos de la procédure de jugement, serait en pleine contradiction avec ce qui se passe dans l'instruction préparatoire : une des formes de l'instruction se déroule, en effet, sous la direction du ministère public, dont les actes auront en principe valeur de preuves ; quant aux mesures limitatives de liberté, les "ordres" émis par le Parquet ont la même force contraignante que les "mandats" proprement judiciaires.

Au contraire, le nouveau schéma du procès restreint l'instruction du ministère public dans les limites d'une "enquête préliminaire" dont les résultats seront en principe dépourvus de la valeur probante. De même, les pouvoirs du ministère public à l'égard de la liberté de l'accusé obéiront aux règles qui régissent les mesures "d'urgence" de la police judiciaire, c'est à dire que la force contraignante des "ordres" du parquet sera de très brève durée, faute d'une décision d'un juge confirmant leur validité.

Bien entendu, le Ministère public gardera son rôle de titulaire essentiel - sinon exclusif - de l'action pénale : il faut préciser, à ce propos, qu'en Italie règne le principe de la légalité des poursuites, consacré par la Constitution elle-même. Cela n'empêche pas le classement sans suite en cas de défaut évident du bien fondé de la "notitia criminis". Ce qui découle du principe de l'égalité, c'est l'exclusion d'un pouvoir totalement discrétionnaire du Ministère public sur l'opportunité de la poursuite : c'est pourquoi le nouveau Code ainsi que le Code en vigueur n'admettent le classement sans suite qu'après une double évaluation conforme du Parquet et d'un juge (actuellement

le juge d'instruction, demain - si le juge d'instruction n'existe plus - d'une juridiction de contrôle de l'activité du ministère public pendant les phases antérieures au jugement).

2.6 - Actuellement, il n'y a pas, en Italie, d'organes chargés de "faire le pont" entre l'instruction préparatoire et la phase du jugement. La décision de saisir la juridiction de jugement appartient à celui-là même qui a conduit l'instruction préparatoire, c'est à dire, selon les cas, le ministère public ou le juge d'instruction qui est chargé, en outre, de se prononcer sur les requêtes d'acquittement éventuellement formées par le Parquet.

Néanmoins, il s'agit d'un scénario destiné à changer d'une façon sensible à la suite du projet de refonte totale du Code de procédure pénale. Le juge d'instruction viendrait à disparaître en tant que tel. A la suite de son enquête, le ministère public ne garderait que sous certaines conditions la possibilité d'une saisine directe de la juridiction de jugement. En principe, la saisine de cette juridiction serait réservée aux décisions d'un juge dépourvu de pouvoirs d'enquête, qui aurait à se prononcer à la suite d'une audience caractérisée par le principe du contradictoire entre les parties. Ce juge aurait, d'ailleurs, le pouvoir d'achever la procédure par des décisions (prononcées sur l'accord des parties) entraînant l'application de certaines sanctions "substitutives" de la peine encourue ou bien par l'application de cette peine elle-même dans une mesure réduite.

2.7 - Il n'est pas douteux qu'en Italie le droit à la défense fasse partie des garanties fondamentales de l'accusé. La Constitution elle-même proclame que "la défense est un droit inviolable en tout état et degré de la procédure".
Quant au Code de procédure pénale, il consacre la règle de la nécessité de la défense technique par le biais de la désignation d'un avocat d'office à l'accusé dépourvu d'un défenseur de son choix (une exception est prévue uniquement pour les infractions de "bagatelles"). D'ailleurs, l'avocat d'office est mis hors de cause automatiquement dès que l'accusé a notifié son choix d'un autre avocat et ce par référence au principe de la prééminence de la volonté de l'accusé en ce qui concerne les stratégies de la défense.

Cependant personne n'oserait considérer comme idyllique ce qui se passe dans la vie concrète du droit à la défense, notamment dans ses relations avec l'organisation judiciaire pénale. Des tensions inquiétantes caractérisent assez souvent ces relations bien au-delà de ce qui serait "naturel" à l'intérieur de la dialectique du procès. Des doléances à feu croisé sont fréquemment adressées : d'un côté, on se plaint du

"paternalisme" de certains magistrats, de l'autre on déplore "l'obstructionnisme" dont certains avocats se rendraient responsables.

Il n'est pas faux d'affirmer que ces tensions ont été à l'origine d'un référendum proposé en vue d'élargir les cas de responsabilité civile des magistrats. En outre, il faut remarquer que le problème garde son actualité dans le cadre même de la refonte totale du Code de procédure pénale. Il suffit de lire quelques-unes des directives fixées par le Parlement à ce sujet pour s'en apercevoir : par exemple, on a pris soin de souligner que le code devra fixer des "garanties pour la liberté du défenseur en tout état et degré de la procédure" ; en même temps, on n'oublie pas d'imposer des mesures destinées à paralyser l'obstructionnisme de la défense (telle la prévision du prolongement des délais de durée de la détention provisoire en relation avec des conduites "soit de l'accusé, soit de son défenseur".

D'autre questions demeurent brûlantes, même en faisant abstraction de la querelle sur "l'auto-défense", éclatée en Italie à l'époque des premiers procès à charge des membres de certaines organisations terroristes mais aujourd'hui occultée par une sorte de volonté collective de refouler des mémoires la contestation radicale des institutions à laquelle la revendication du droit de "se défendre soi-même" avait été improprement liée.

C'est notamment la question de l'effectivité de l'assistance judiciaire qui suscite la gêne. Tout le monde admet l'insuffisance et l'hypocrisie du système en vigueur, dont la concrétisation repose entièrement sur la bienveillance des avocats (la loi proclame que "l'assistance judiciaire des pauvres est une tâche honorifique et obligatoire de la catégorie"...). Cependant, on n'a jamais réussi à réaliser de réformes en ce domaine : bien sûr , ces réformes "coûtent" si l'on veut qu'elles soient efficaces. Il faut d'ailleurs reconnaître qu'il n'y a pas d'accord suffisant sur le choix des lignes directrices d'un système nouveau, notamment dans ses relations avec l'organisation professionnelle du barreau.

2.8 - La Constitution italienne établit que la police judiciaire est à la disposition de l'autorité judiciaire. Cependant, il ne s'agit pas d'une dépendance "organique". Le personnel employé dans la police judiciaire appartient normalement à des corps (situés au sein d'organisations déterminées et extérieures à l'administration de la justice) auxquels la loi confie des rôles autres que ce service. Le plus souvent, ce sont des officiers et des agents de la police d'Etat, placés sous dépendance du Ministre de l'Intérieur, qui sont chargés en tant que tels des fonctions de police de sûreté.

Une réforme récente du statut de la police d'Etat a confirmé deux principes :

a) le principe selon lequel les officiers et les agents sont sous la dépendance fonctionnelle de l'autorité judiciaire en tant que (et dans la mesure où) ils sont destinés à des services de police judiciaire ;

b) le principe selon lequel c'est à l'autorité politico-administrative - encore que "de concert" avec le Ministre de la justice - qu'il appartient de déterminer les "contingents" de la police chargés de ces services, ainsi que de pourvoir à leur institution et à leur organisation. Les clefs de la coopération de la police à l'administration de la justice demeurent donc dans des mains étrangères à la magistrature.

Du reste, c'est à l'autorité politico-administrative qu'appartient le pouvoir disciplinaire sur les officiers et les agents, quoi qu'il existe un service de police judiciaire. Seul se dresse, à ce propos, un pouvoir de "veto" du procureur général près la Cour d'appel, qui peut empêcher les déplacements du personnel chargé des fonctions de police judiciaire ainsi que la privation de leur exercice pour fautes disciplinaires.

Quant aux fonctions de police judiciaire elles-mêmes, le code en vigueur les définit en termes très généraux : "prendre connaissance des infractions" soit sur dénonciation, soit de sa propre initiative, "empêcher que les infractions entraînent des conséquences ultérieures", "garder les preuves des infractions", "rechercher les coupables", "rassembler toutes autres choses utiles à l'application de la loi pénale". Des réformes postérieures à la Constitution (et parfois inspirées directement par celle-ci) ont réduit les pouvoirs de la police, notamment en ce qui concerne les limitations de la liberté personnelle du prévenu. Pourtant ces pouvoirs ont été élargis en d'autres occasions en relation avec les exigences de la "lutte à l'émergence" des années 1970.

En tout cas, la police judiciaire continue à être le "filtre" principal de l'exercice concret de l'action pénale ainsi que l'instrument essentiel de la poursuite et de l'instruction préparatoire. Dans le cadre du nouveau Code de procédure pénale, la liaison fonctionnelle entre la police judiciaire et le ministère public devrait devenir plus étroite au travers de règles destinées à assurer une intervention la plus rapide possible du ministère public dans l'enquête, enquête dont il assumerait effectivement la direction.

3. Différenciation et spécialisation de la procédure pénale

Actuellement, en Italie, on peut déceler une sensibilité très marquée en faveur d'une différenciation des structures et des techniques en fonction des différentes formes de la délinquance. Cependant, il convient d'éviter qu'au nom de la différenciation on en vienne à étouffer les garanties fondamentales de la personne là où, justement, le besoin de les sauvegarder est le plus aigu. La naïveté des projets bâtis sur des modèles trop rigides est indéniable : les réponses des institutions (y

compris les institutions judiciaires) ne doivent pas perdre de vue la diversité - souvent très profonde - des défis qu'elles ont à relever.

3.1 - Quant à la criminalité organisée en elle même, c'est à dire abstraction faite de ses éventuelles qualifications spéciales en tant que criminalité d'affaires, internationale, transnationale, etc..., elle pose à l'organisation judiciaire italienne dans son ensemble des difficultés parmi les plus épineuses. Ici encore, on se bornera à rendre compte de quelques perspectives récemment ouvertes en vue du renforcement des réponses d'une "justice organisée".

Il faut mentionner d'abord une modification du Code de procédure pénale par laquelle on admet, désormais, les échanges de copies de pièces "secrètes" entre autorités judiciaires. Pourtant, on est allé plus loin encore en reconnaissant un pouvoir spécial au Ministre de l'intérieur qui l'exerce soit directement soit par le biais de la police : c'est le pouvoir de demander à son tour des copies et des renseignements à l'autorité judiciaire en relation avec les enquêtes concernant certains types d'infractions se rattachant à la criminalité organisée.

C'est la deuxième innovation qui suscite des réserves et des critiques, compte tenu de la nature "politique" de l'interlocuteur auquel les juges d'instruction ainsi que les magistrats du ministère public sont appelés à répondre. Par ailleurs, on ne saurait oublier que l'autorité judiciaire est autorisée à refuser les renseignements et les copies réclamés par l'autorité politico-administrative lorsqu'elle estime que les exigences du secret de l'instruction ont la priorité. En tout cas, il s'agit d'un début de coordination que le nouveau Code devra confirmer à la suite des directives prises récemment par le Parlement.

Du reste, les choix politiques et les choix techniques - les deux étant conditionnés le plus souvent par des facteurs complexes - se mêlent lorsqu'il s'agit d'essayer d'organiser la justice face à la criminalité organisée. A l'heure actuelle, le seul réseau informatique fonctionnant en Italie, au niveau national, a son siège près du Ministère de l'Intérieur. Cependant, il n'est pas moins vrai que la création d'une "data-bank" relative aux seuls procès criminels - gérée au nom de l'indépendance de la magistrature exclusivement par des magistrats est souhaitée depuis longtemps pour des exigences d'efficacité.

Il y a un autre sujet sur lequel je voudrais attirer l'attention : il s'agit des "meetings" réunissant plusieurs magistrats chargés d'enquêtes connexes entre elles en raison des liens et des ramifications des organisations criminelles. Là aussi, les directives fixées par le nouveau Code de procédure pénale semblent donner à la fois une légitimation

plus solide et un encadrement plus cohérent à une pratique qui a permis d'aboutir à des résultats remarquables, notamment à l'époque des grandes enquêtes sur le terrorisme. Cela préfigure, en effet, une règlementation spéciale des "relations entre les différents bureaux du Parquet pendant la phase de l'enquête préliminaire" du procès. Le but est justement d'assurer la poursuite de cette pratique sans que l'exaspération des problèmes de "compétence" vienne entraver les efforts d'une coopération aisée et efficace. La spécificité nouvelle des fonctions du ministère public ainsi que la disparition de ce personnage ambigu qu'était le juge d'instruction, devraient contribuer à la rationnalisation du système en éloignant l'image inquiétante d'une juridiction (ou d'une "demi juridiction") exercée à métayage.

3.2 - 3.4 - Il va sans dire qu'une stratégie judiciaire de "réponses différenciées" trouve un terrain d'application bien au-delà du domaine de la petite délinquance. Elle s'impose, notamment, à l'égard des formes les plus sophistiquées de la délinquance, telles - à suivre le questionnaire - les manifestations plus graves de la criminalité économique, la criminalité internationale et transnationale, la criminalité organisée en général. Un tel trinôme ne saurait être conçu comme la somme de trois entités absolument disjointes et sans lien entre elles : très souvent, les trois formes se cumulent et s'emmêlent par le biais d'organisations criminelles constituées par des ressortissants de pays différents participant au monde des affaires. On se bornera ici à quelques aperçus tout à fait sommaires de ces trois types de délinquance.

En ce qui concerne la délinquance économique, on ne saurait oublier l'élargissement des pouvoirs conférés à l'autorité judiciaire et à la police judiciaire à l'intérieur même des banques dans le cadre d'enquêtes relatives à des catégories déterminées d'infractions.

Quant à la délinquance internationale et transnationale, c'est un lieu commun de souligner l'importance - pourtant indéniable - de la coopération inter-étatique, seule réponse cohérente et efficace au phénomène.

On soulignera les changements de mentalité intervenus, permettant de trouver des points de rencontre et d'équilibre entre des traditions différentes. A titre d'exemple, on mentionnera une innovation due à la conclusion toute récente d'un Traité entre l'Italie et les Etats-Unis relatifs au bien-fondé d'une requête d'extradition : la recherche d'une certaine souplesse des rapports entre les deux Etats contractants a amené à la disparition de la formule classique de la preuve d'une "probable cause". Un "rapport sommaire" rédigé par un magistrat - ayant pour objet "les faits, les preuves pertinentes et les conclusions

atteintes" - suffit à justifier l'extradition de ce point de vue, pourvu qu'il "constitue un fondement raisonnable pour [faire] estimer que la personne requise a commis l'infraction" considérée.

Pourtant, il existe aussi des domaines dans lesquels le conflit des valeurs se révèle plus fort que la volonté de coopération : d'où une sorte de "surplace" dont il n'est pas facile de sortir. Je voudrais mentionner à ce propos la réserve que l'Italie a exprimée lors de la ratification de la Convention Européenne de lutte contre le terrorisme de "refuser l'extradition pour toute infraction... qu'elle considère comme une infraction politique, comme une infraction connexe à une infraction politique ou comme une infraction inspirée par des mobiles politiques" (le texte de la réserve n'exclut pas, néanmoins, l'engagement de "prendre dûment en considération, lors de l'évaluation du caractère de l'infraction, son caractère de particulière gravité", selon les critères énoncés par la Convention elle-même).

3.3 - Dans ce contexte, le problème de la petite délinquance est perçu, notamment, sous deux aspects (bien entendu seuls les aspects qui concernent strictement la dynamique "processuelle" sont envisagées ici). Il y a, d'une part, la nécessité de ne pas détourner trop de ressources policières et judiciaires de la lutte contre les forces les plus dangereuses de la criminalité au profit des procès de "bagatelles" ; il y a, d'autre part, la nécessité d'éviter que le poids du procès et de la détention provisoire pèsent de manière disproportionnée sur les "petits délinquants", contribuant ainsi entre autres, à renforcer l'escalade du crime. Par ailleurs, il est important aussi que certaines formes de criminalité, bien que "minimales", ne soient pas "minimisées" voire entièrement mises entre parenthèse au nom d'une sorte de fatalisme de l'immunité "totale", ce qui pourrait avoir des conséquences très graves, notamment sur la "crédibilité" de la justice.

Ceci dit, on peut affirmer, tout d'abord, qu'une politique avisée de décriminalisation au plan du droit pénal de fond est susceptible de contribuer de manière remarquable au règlement des problèmes de procédure. En Italie, cette politique a été poussée assez loin par des réformes récentes. Pour autant il s'agit de ne pas franchir certaines limites. De plus, une partie des problèmes d'ordre procédural se trouvesouvent déplacée, tout au moins lorsque la décriminalisation - phénomène le plus courant - ouvre la porte à des sanctions de nature administrative qui peuvent, à leur tour, déclencher un contentieux devant l'autorité judiciaire.

Quant à la perspective de la "déjudiciarisation", il faut souligner qu'en Italie on ne dispose d'aucun moyen véritable de "diversion" de type dit "simple". Cela - on l'a vu - n'exclut pas une sorte de "classement

sans suite" sous forme d'une décision prise par le juge d'instruction sur requête du ministère public. Cependant, il est interdit de fonder le classement sur des appréciations d'opportunité, ne fusse que la faible importance sociale du danger effectivement provoqué par l'infraction. En Italie, seul le défaut évident du bien-fondé de la "notitia criminis" est admis comme "motif" de classement.

A l'origine de cela, on trouve une tendance à exagérer la portée du principe de la légalité des poursuites tel qu'il a été consacré par notre Constitution lorsqu'elle énonce que "le ministère public est obligé d'exercer l'action pénale". Pourtant, la discussion est ouverte quant à la possibilité d'introduire des solutions proches du modèle de la "diversion simple" sans enfreindre l'esprit le plus pur de la garantie constitutionnelle. Il est évident ce sens de la garantie est justement celui - et exclusivement celui - d'éviter le "merum arbitrium" du Parquet ainsi que les interférences extra-judiciaires sur la poursuite. D'où l'importance fondamentale du principe de la "double appréciation " de la part de deux magistrats indépendants et appartenant à deux organisations différentes. Il n'y aurait pas de difficulté insurmontable, sans élargir de manière démesurée le régime des conditions du classement, à y faire entrer certaines hypothèses d'infractions "minimales" dans leurs modalités concrètes de réalisation dans la mesure où, bien entendu, l'appréciation de ce caractère n'échappe pas à la décision d'un juge sur requête conforme d'un magistrat du ministère public. En tout cas, il s'agit de projets qui nécessitent une réflexion ultérieure et il est vrai que rien de tel n'est prévu par la loi autorisant le Gouvernement italien a rédiger un nouveau Code de procédure pénale.
En revanche, le temps semble déjà venu de réfléchir en termes d'accélération des procédures en cours. C'est dans cette perspective que des réformes récentes ont déjà introduit une sorte de "plea bargaining" lors de la conclusion de l'instruction préparatoire en même temps qu'elles ont élargi les possibilités d'oblation. De leur côté, les lignes directrices dégagées par le Parlement aux fins de rédaction du nouveau code manifestent une volonté de poursuivre ces projets, voire de les développer.
Néanmoins, le problème de l'adaptation des réponses judiciaires à la réalité des formes de la petite délinquance n'est pas seulement un problème de réduction du nombre des procès ou un problème d'accroissement des hypothèses de leur raccourcissement. Il s'agit aussi de simplifier au maximum les formes procédurales en tant que telles, notamment, en vue d'une accentuation du droit au "speedy trail" en liaison avec un renforcement de la liberté de la personne.

A ce propos, il est opportun de rappeler une loi intervenue

récemment en Italie, dans le domaine du régime procédural des infractions relevant de la compétence du juge monocratique de première instance ("pretore") : si l'accusé a été arrêté pour flagrant délit, l'officier de police, a lui-même le devoir de le conduire à l'audience judiciaire, qui aura lieu dans le délai de quarante-huit heures afin que le jugement sur le fond puisse s'accompagner d'un jugement sur la régularité de la mesure de police.

De plus, le nouveau Code de procédure pénale aura pour objectif de donner à la procédure devant le "pretore" une simplicité particulière. Cependant, il faut ajouter qu'en même temps, le code devra consacrer un principe jusqu'ici étranger à la structure de la juridiction à laquelle il appartient en Italie de juger les infraction "minimales" : là aussi, la fonction du ministère public et la fonction du juge devront, en tout état de cause, être exercées par des personnes différentes, alors qu'actuellement c'est le "pretore" lui-même qui poursuit les infractions relevant de sa compétence, et c'est encore le "pretore" qui cumule les pouvoirs d'initiative et de prise de décision pendant l'instruction préparatoire. Bien sûr, le projet de réforme aura besoin en ce domaine de certaines mesures de redistribution des fonctions des magistrats si l'on veut, en termes d'économie judiciaire, éviter des conséquences trop lourdes .

En tout cas, on ne saurait nier que la règle de la séparation des fonctions est celle qui assure le mieux le respect d'un principe "naturel" du procès judiciaire. En effet, depuis longtemps, la question de la nature "hermaphrodite" du "pretore" italien s'imposait à l'attention et à la critique, encore que les infractions relevant de la compétence de cet organe ne sont (en large majorité) que de "petites" infractions. L'élévation récente des limites de ladite compétence - qui s'étend aujourd'hui aux infractions pour lesquelles l'accusé encourt une peine de quatre ans de réclusion - a souligné le malaise d'une anomalie préexistante. On ne saurait pourtant nier les grands mérites de nombreux "pretori", surtout en tant que porte-drapeaux de la sauvegarde de certains biens collectifs, tels l'environnement et la santé publique.

4. Les tendances réformatrices

On a rappelé précédemment et à plusieurs reprises la perspective d'un nouveau Code de procédure pénale, perspective tout à fait actuelle en Italie, encore que de nombreuses déceptions aient déjà affaibli quarante ans d'espoir en cette matière.

Au-delà de points isolés mentionnés dans la tentative de réponse aux questions spécifiques, c'est le nouvel élan vers une réforme globale qui mérite d'être souligné : il s'agit de tenir compte, d'abord et surtout, des objectifs de la procédure pénale, tels qu'ils sont définis par le

commentaire introductif. On entreprend un travail de fond ayant l'ambition - difficile mais pas désespérée - de renforcer à la fois les droits fondamentaux de toute personne impliquée dans un procès et l'efficacité d'une justice voulue "transparente et rapide". On se rend compte, à ce propos, que tout dépendra de ce qu'on réussira à réaliser au niveau de l'organisation judiciaire afin d'éviter que les réformes de procédure ne restent des réformes abstraites.

Ce n'est pas par hasard que le Parlement italien - par la loi même qui a conféré au Gouvernement le pouvoir de rédiger le nouveau Code de procédure pénale - a voulu étendre la "délégation" aux dispositions nécessaires à l'adaptation de la loi relative au statut de la magistrature aux directives fixées pour le nouveau code.

C'est un point de départ, bien sûr, non un aboutissement. Par ailleurs, "l'adaptation" de l'organisation judiciaire en tant qu'instrument doté d'une réelle efficacité, ne saurait être limitée à ses aspects normatifs : elle entraîne à son tour des réformes d'un autre genre, à commencer par un rééquilibrage territorial des magistrats. Faute de cela, des éléments essentiels de la réforme (tels la distinction entre l'organe de poursuite et l'organe de décision à tous les niveaux de compétence) manqueraient de soutien indispensable à leur considération. Quant aux aspects financiers de la question, ils ont été déjà mentionnés en introduction.

THE RELATIONS BETWEEN THE ORGANIZATION OF THE JUDICIARY AND CRIMINAL PROCEDURE IN NEGERIA

A. OWOADE *

Introduction

To a large extent, the Nigerian judicial system as well as its criminal process is based on the English system, albeit with modifications to meet local conditions and societal changes.

In principle, the system adopts certain fundamental legal concepts from the English system of justice. For example, Nigeria operates an accusatorial as opposed to an inquisitorial system of criminal justice and the court system is founded on hierarchy and judicial precedent. Equally, the organization of the police and the Ministries of Justice, which have the joint responsibility for prosecuting offenders is similar to that in England. It must be conceded however that the socio-cultural, political and economic differences in Nigeria as compared with England are such that there are bound to be and in fact there are many differences between theory and practice in the criminal justice system.

The Court System

The traditional court system in Nigeria is based on hierarchy and an adherence to the principle of judicial precedent. Since the Republican Constitution of 1963, the highest court has been the Supreme Court. The Supreme Court of Nigeria has a rather limited original jurisdiction mainly on extremely important constitutional issues and an unlimited appellate jurisdiction in both civil and criminal causes (1). However, no

(*) Ph.D. Department of Public Law, Obafemi Awolowo University, Ile-Ife, Nigeria.

(1) Sections 212-213 1979 Constitution of the Federal Republic of Nigeria.

original jurisdiction shall be conferred on the Supreme Court with respect to any criminal matter (2). The court is headed by a Chief Justice, who is appointed by the President subject to confirmation by a simple majority of the Senate (3). Presently, under the military set-up, he is appointed and presumably removable by the President. The other Justices of the Court are however appointed by the President on the advice of the Federal Judicial Service Commission subject to the approval of a simple majority of the Senate. It would seem that all the roles attributed to the Senate under the 1979 Constitution would now be performed by the Armed Forces Ruling Council (AFRC) (4).

Below the Supreme Court is the Federal Court of Appeal which generally feeds the Supreme Court with all the cases it would consider (5). The court, which has appellate jurisdiction in civil and criminal causes, takes appeals from the High Courts, Customary Courts of Appeal and the Code of Conduct Tribunals (6). The Court consists of a President and other Justices who are appointed by the President on the advice or recommendation of the Federal Judicial Service Commission (7).

Next to the Federal Court of Appeal are the Sharia and Customary Courts of Appeal. They are equally headed by Presidents and composed of such number of judges as may be prescribed by the legislature. The establishment of the Sharia and Customary Courts of Appeal is an innovation under the 1979 Constitution. They are specialized courts set up to exercise appellate and supervisory jurisdiction in civil proceedings involving questions of Customary and Sharia law (8).

The Federal High Court and the State High Courts have co-terminus but dissimilar jurisdiction. The former replaced the old Federal Revenue Court and in essence retained jurisdiction on matters connected with or pertaining to the revenue of the Government of the Federation although some decided cases have sought to extend its jurisdiction even to criminal matters (9).

State High Courts on the other hand, have unlimited jurisdiction to

---

(2) S. 212.

(3) S. 211.

(4) S. 211.

(5) See e.g. 213(1). The Supreme Court shall have jurisdiction to the exclusion of any other court of law in Nigeria to hear and determine appeals from the Federal Court of Appeal

(6) S. 219.

(7) S.218.

(8) See gen. Sections 240-249 of the Constitution.

(9) E.g. Federal Republic of Nigeria v. Jonah Onyebuchi ze (1988) 3 .S.L. . 5 .

hear and determine any civil proceeding in which the existence or extent of a legal right, power, duty, liability, privilege, interest, obligation or claim is in issue or to hear and determine any criminal proceedings involving or relating to penalty, forfeiture, punishment or other liability in respect to an offence committed by any person (10).

The greater proportion of both civil and criminal cases in the High Court lies in the Exercise of its original jurisdiction, nevertheless the High Courts take appeals from the various categories of Magistrate Courts. In considering magistrate courts, one must mention that they have a rather limited civil jurisdiction but the bulk of the criminal cases in Nigeria are originated at the Magistrate Courts. In fact in practice, the Magistrate Courts eventually end up adjudicating on very few civil cases. Therefore, it can be confidently asserted that they deal essentially with criminal matters. This might not be totally unconnected with the procedural rule of election which allows an accused person arraigned before a magistrate court to take its pick between being tried at the Magistrate Court or at the High Court (11). Almost invariably, they opt for the lower courts if the offence is triable there. Again, the rationale for such election could be that the Magistrate Court can only sentence within its own jurisdictional maxima even if the offence carries a higher statutory maximum.

Secondly, Magistrate Courts are not courts of record and while they are bound by judicial precedent, they do not create precedents. There are generally three categories of Magistrate Courts : the Chief Magistrate, Senior Magistrate and Magistrate Court. The jurisdiction of the courts in relation to the scope of civil proceedings as well as trial and sentence in criminal cases depends on the category of magistracy. For example in Lagos State Chief Magistrate - 1,000, 5 years ; Senior Magistrate - 600, 3 years ; Magistrate Grade I - 400, 2 years ; Magistrate Grade II - 200, 1 year ; Magistrate Grade III (Day magistrate) 50, 3 months (12).

Appointments and Removals

The procedure for the appointment to the office of Chief Justice of Nigeria has already been described. Furthermore, to be qualified to be appointed Chief Justice or a Judge of the Supreme Court, the person must be qualified to practice as a legal practitioner in Nigeria and must

(10) S. 236.

(11) Section 304 of the Criminal Procedure Act.

(12) Magistrates Courts Law (Lagos Laws 1973, Cap. 82) S. 18(4) and S. 18(5).

also be qualified for a period not less than 15 years (13).

The President and the Justices of the Court of Appeal are appointed from amongst legal practitioners of not less than 12 years at the Bar (14). In the case of the Sharia Court of Appeal, a person shall not be qualified to hold office as a Khaki of the Sharia Court of Appeal unless :

a) he has attended and has obtained a recognised qualification in Islamic personal law from an institution approved by the State Judicial Service Commission and has held such qualification for a period of not less than 10 years ; and

b) he either has considerable experience in the practice of Islamic personal law or he is a distinguished scholar of Islamic personal law (15).

Furthermore, Section 252 of the Constitution enjoins the President to ensure that there are persons learned in Islamic personal law and customary law in making appointments to the offices of Justices of the Supreme Court and those of the Federal Court of Appeal.

The minimum qualification for appointment to the State High Court is 10 years of call to the Bar (16) and those of the magistracy depends on the category, for example a minimum of 7 years is generally required for appointment to the office of Chief Magistrate, 5 years for Senior Magistrate, and 2-4 years for the other magistrates.

At this stage one must mention that in practice, apparently because of its competitive nature, appointments as judges to the various courts normally requires many more years of practice and/or service than the statutory minima. While the appointment and removal of Magistrates are dealt with by the State Public Service Commissions as in the case of other civil servants, Section 256 of the 1979 Constitution sets very strict conditions for the removal of judicial officers (17).

Judicial dicta have further emphasized the need for a strict adherence to those rules to guarantee in substance the tenure of office of judicial officers.

Customary Courts

The customary court system which was part of the judicial pattern even in colonial times still survives in Nigeria today. In fact, the greater part of grass-root dispensation of justice is done at the level of

(13) Section 211(3) of the 1979 Constitution.

(14) Section 218(3).

(15) Section 241.

(16) Section 235.

(17) E.g. **Kalu Anya v. Kaduna State House of Assembly** (Unreported).

customary or Area Courts. As a general rule, the personnel of the courts consist of laymen who are however quite familiar or deemed to be familiar with the customary laws of the particular area or jurisdiction.

As far as criminal justice is concerned, before the introduction of the Criminal Code, the customary courts adjudicate on the various customary criminal laws. In the rest of Nigeria, traditional criminal law was much less firmly entrenched than in the Northern parts, where Moslem Law as interpreted by the Maliki School is firmly rooted. Thus at the onset, there was the increasingly unhappy situation of two or more systems of criminal law existing side by side. The dilemma was particularly strong in the Northern parts because Maliki Law was an integral part of the Northern Moslems' way of life, and there was no particular desire to undermine its authority, nor was it politically possible to do so in any but a gradual way.

Two solutions were eventually adopted, one of particular relevance to the Northern parts and the other of more general application. The first is the birth of the 1959 Penal Code Law (18), which displaced the Criminal Code (19) in the Northern parts. The Penal Code was based on a Code which had been working successfully in a Moslem community, namely the Code of the Sudan. It therefore has a strong link with English law because the Sudanese Code was modelled on the 1860 Indian Penal Code, which in turn owed much to a draft prepared almost entirely by Lord Macaulay. But of all the Codes derived from English Law, the Indian Code exhibits the most considerable deviations from the Common Law. The Northern Nigeria Penal Code goes further still. It represents, in fact, a compromise between the reformer and the traditionalist. Provocation, for instance, is now a mitigation of punishment in homicide cases. But traditional Moslem crimes such as adultery, drinking alcohol, insults to the modesty of woman, are preserved. Reference to native law and custom is not entirely excluded because drinking alcohol is only criminal when committed by Moslems (S. 403) and adultery only in so far as it is committed by anyone subject to any native law and custom in which extra-marital intercourse is regarded as a criminal offence (Sections 387-388) (20). The more general solution adopted was the decision taken at the 1958 Constitutional Conference to abolish customary criminal law in Nigeria altogether. Customary courts can therefore only try offences within the Codes or

(18) N.R. Law No. 18 of 1959.

(19) The Criminal Code was originally contained in a proclamation. In 1916 it became the schedule to the Criminal Code Ordinance. See the Criminal Code Act 1916.

(20) Okonkwo, O.O., **Okonkwo & Naish : Criminal Law in Nigeria**, pp. 9-10.

any other statutory enactment but not the rather vague and unwritten customary criminal laws (21).

Customary courts are not enjoined to apply the rules of evidence as stipulated under the Evidence Act (22). However, there are at least two safeguards against any chance of miscarriage of justice. The first lies in the system of appeals, since appeal lies from a customary court to the High Court then to the Federal Court of Appeal and finally to the Supreme Court.

Secondly, though the Customary Courts do not apply the provisions of the Evidence Act, they are nevertheless enjoined to abide with the rules of natural justice in particular that of **audi alteram partem** and **nemo judex in causa sua**. Consequently, an Appeal Court would reverse any decision of the court for failure to abide with the rules of natural justice, and/or if there has been a substantial miscarriage of justice (23).

Institution of Proceedings

Generally speaking, the prosecution of offenders is done by the office of the Attorneys-General in the various States, and by the Federal Attorney General for Federal offences and for the capital city of Abuja. In practice however, exigencies have necessitated the prosecution of offenders by the Police authorities as well as the authorities of the Customs and Excise Department. All these are however done under the general direction and/or supervision of the Federal or State Attorney-General as the case may be. The various Attorneys-General are members of the executive and are appointed by the various executive heads of government (24).

They are however a special category of Ministers and Commissioners at least in the sense that their appointments are subject to a constitutional qualification which in particular requires them to be legal practitioners of not less than 10 years standing (25). It is therefore

---

(21) **Aoko v. Fagbemi** (1961) 1 All N.L.R. 400, **Udokwu v. Onuaha** (1963) 7 E.N.L.R. I.

(22) Section 1(4) Evidence Act Cap. 62, Laws of the Federation of Nigeria and Logos 1958.

(23) See gen. **Kano N.A. v. Obiora** (1959) 4 F.S.S. 226 ; **The State v. Falade & Ors.** 1971 F.N.L.R. 109 ; **Buraima Ajayi & Ors. v. Maria** N.A. (1964) N.N.I.R. 61 ; **Board of Customs & Excise v. Garba Katsina** (1973) 1 N.M.L.R. 179.

(24) Sections 135 and 173 of the Constitution

(25) Section 138.

not surprising that the framers of our Constitutions (old and new) have credited these "gentlemen of the Bar" with wide and highly discretionary powers in the area of prosecution and control of criminal proceedings. The power of the Federal Attorney-General in respect to public prosecutions is stated in Section 160 of the Constitution.

The major distinction between the powers of public prosecution of the Federal and State Attorneys-General is that while the Federal Attorney-General is endowed with competence to prosecute in any court in Nigeria under a law of the National Assembly, his State counter-part can prosecute again in any court in Nigeria under a law of the House of Assembly. The Federal Attorney-General may confer general or special authority upon a State Attorney-General in relation to prosecutions under laws of the National Assembly in a State and may vary or revoke such authority at any time (26). Presumably a State Attorney-General may equally confer powers on any of its counter-parts to prosecute in respect of offences committed under any law of his House of Assembly - in a court of law of that other State. This is, however, theoretical as such a situation had never arisen and indeed may never arise having regard to the comprehensive provisions of Section 12 of the Criminal Code and Section 4 of the Penal Code relating to application of the Codes to offences wholly or partially committed in Nigeria.

In the exercise of his powers to institute criminal proceedings the Attorney-General usually acts through the Director of Public Prosecutions and other staff members acting under and in accordance with his general or special instructions.

In respect to the 1963 Constitution, according to official instructions issued by the Federal Ministry of Justice (27), the D.P.R. is obliged to institute, undertake or carry on criminal proceedings in certain cases. He must forward the case file, together with his opinion, to the Federal Attorney-General for any specific directions he may wish to give, before the Director institutes, undertakes or carries on any criminal proceedings in cases such as offences relating to the security of the State or to the administration of justice.

Congestion and Delay

It is an obvious fact that our cells are congested due to the problem of delay in the criminal process. Not only is delay oppressive to the accused person, it may also be oppressive to the prosecution witnesses

(26) See e.g. S. 213 Criminal Procedure Act.

(27) Dated October 1963.

who have to be present in court at every adjournment date. This consideration has the effect of discouraging potential witnesses from co-operating with the police in the investigation and prosecution of crimes and consequently swells up the possibilities of dark figures in criminality. It goes without saying that for the criminal law to play a meaningful role in social control, problems such as congestion and delay in the criminal process must be greatly minimized. The most important factors causing delay are the problems of securing the attendance of witnesses at the trial, the efficiency of the police force, frequent adjournments at the instance of the prosecution, defence or even the courts, stringent bail conditions which in many cases prevent release, shortage of judicial personnel, the cumulative back-logging effect of the Assize system, and the shortage of experts (28).

It must be conceded that, on the other hand, the constitution itself prescribes that a person charged with a criminal offence should be given adequate time and facilities for the preparation of his defence (29). The maintenance of his fundamental right may necessitate the postponement of the trial in order to afford the accused person the opportunity to summon his witnesses or to make arrangement for legal representation. The fair hearing of a case should not be sacrificed for dispatch (30).

It seems to me however, that in tackling the problem of delay, a more fundamental overhauling of the criminal process must take place. In this respect, it is suggested that the proposed classification of minor and serious offences should be brought to procedural advantages. Giving the problem of shortage of judicial as well as legal personnel a good category of minor offences especially traffic offences could be handled with dispatch largely with a view toward compensation and restitution as opposed to punishment in terms of imprisonment.

To be precise, the net effect of this arrangement if properly worked out would be to shed the load hitherto borne by the criminal process into the arena of quasi-civil or quasi-criminal settlement bodies. This is not likely to have much negative effect on society, as the usual delay safeguards are only very relevant in a situation where the liberty of the citizen is at stake. The longrun effect of this arrangement will not only be in dispatch but also a tendency to create greater confidence in the system of criminal justice. It goes without saying that such a step should go hand in hand with new procedural rules which should serve as a

(28) A.G. Karibi-Whyte "Preliminary inquiries in Indictable Offences : A Critical Re-appraisal" in A.A. Adeyemi ed. **Nigerian Criminal Process** op cit. p. 180.

(29) S. 33(6) 1979 Constitution of the Federal Republic of Nigeria.

(30) See e.g. **Gokpa v. I.G.P.** (1961) 1 All W.L.R. 423, **Saaku v. Tiv.** N.A. (1966) 2 All N.L.R. 50.

complete overhauling of the system to guarantee speedy trials of cases that would be left to the regular courts. And, finally, better facilities and incentives for the police and judicial personnel would go a long way to remedy the problem of delay.

Special Criminal Tribunals

In the historical development of criminal law and procedure in Nigeria, one of the things that came along with military regimes was the introduction of Special Tribunals to try certain offences.

To combat the sharp increase in the incidence of armed robbery following the end of the civil war, but in total disregard of the existing code provisions on robbery (31), the Federal Military Government promulgated the Robbery and Firearms (special provisions) Decree 1970. This Decree was later amended by the Robbery and Firearms (special provisions) (Amendment) Decree 1971, the Robbery and Firearms (Special provisions) (Amendment) Decree 1970, and Robbery and Firearms (Special Provisions) (Amendment) Decree 1977.

Under the Decree as amended, the Military Governor has power to constitute a tribunal or tribunals for the trial of the offences of robbery, attempted robbery and illegal possession of firearms. The tribunal shall consist of :

a) a High Court Judge of a state as the Chairman ;

b) an officer of the Nigerian Army not below the rank of a Major or an Officer in the Nigerian Navy or Air Force not below a corresponding rank ; and,

c) an officer of the Nigerian Police Force not below the rank of a Chief Superintendent of Police.

The tribunal can impose the death sentence by hanging or by firing squad where the offender was armed with firearms or any offensive weapon or was in company with any person so armed or where he, at or immediately before or immediately after the time of robbery, wounds any person. In these cases, robbery is punishable by a term of imprisonment of not less than twenty-one years.

By the Amendment Decree No. 39 of 1977, the right of a convicted offender to appeal to the Supreme Court was abolished, but the sentence had to be confirmed by the Military Governor. The substance of the 1970 Decree as Amended was re-enacted by the Buhari administration into the Robbery and Firearms (Special Provisions) Decree of 1984. It would then seem that the military administrations are altogether consistent in their pattern of dealing with robbery offences.

(31) S. 401 Criminal Code and S. 296 Penal Code.

The Babangida administration with a recent concern for a speedy administration of Justice and overall effectiveness passed the Robbery and Firearms (Special Provisions) (Amendment) Decree No. 28 of 1986. The Decree amends the Robbery and firearms (Special Provisions) Decree 1984 **inter alia** to make it an offence for any person to house, shelter or give quarter to an armed robber. It provides for a single judge to constitute a tribunal whenever the military members of the tribunal are unable to be present and sit at the commencement of a trial. The Decree also provides for speedy investigation, trial and disallowance or confirmation of conviction or sentence. Police investigation into cases relating to any person caught committing an offence under section 1 (2) of this Decree shall now be concluded not later than seven days after the arrest of the offender and the proceedings of the tribunal must equally be concluded within seven days of its first sitting. Obviously, these provisions are not altogether realistic, in view of the various possible constraints in the criminal justice system ; nevertheless they are useful idealistic goals to the attainment of speedy administration of the system.

Though the Robbery and Firearms Special Tribunal is about the oldest and probably the most consistent in the history of special courts in Nigeria, it is by no means the only one. In fact in the past four years of military regime, between the Buhari and Babangida administration, a number of special tribunals have either been re-opened or decreed anew, inter alia under the following legislation :

a) Recovery of Public Property (Special Military Tribunals) Decree 1984 ;

b) Exchange Control (Anti-Sabotage) Decree, 1984 ;

c) Special Tribunal (Miscellaneous Offences) Decree, 1984 ;

d) Counterfeit Currencies (Special Provisions) Decree 1984 as amended by the Counterfeit Currency (Special Provisions) (Amendment) Decree 1986 ;

e) Public Offices (Protection Against False Accusation) Decree 1984 ;

f) Civil Disturbances (Special Tribunal) Decree, 1987 ;

g) Treason and other Offices (Special Military Tribunal) Decree 1986.

Except for the Treason and other Offices Special Military Tribunal consisting only of military men, these tribunals are almost invariably presided over by a judge with two or more members from the armed forces. Generally, the special Tribunals work within the traditional rules of evidence and procedure as long as there are no specific provisions to the contrary in the enabling decrees. A good number of the enactments, however, did place the onus of proof on the accused in violation of the right to the presumption of innocence.

Some of the more common provisions in the decrees are for example that which disqualifies any person who has taken part in the search for, pursuit or apprehension of any person charged under a decree from sitting as a member of a tribunal to try such an offender and the newer clause (32) which demands that proceedings in respect to offences under the decree shall be concluded by the tribunal within 14 days of its first sitting. Where no appeal has been filed, the tribunal shall within 7 days transmit its record of proceedings in respect of the accused person to the confirming authority for confirmation. Failure to comply with the stipulated time limit shall not however, affect the validity of any prosecution under the decrees.

Until recently there was no system of appeal against the judgment of any of the tribunals except of course confirmation or varying of sentences by the Armed Forces Ruling Council. Recently however, by virtue of Decree No. 21 of 1986, the Babangida administration created a Special Appeal Tribunal which has very wide powers as set out in Section 15 to hear and determine appeals from the decisions of several special tribunals.

On the whole, it would seem that the military regimes have excelled in the creation of special tribunals or courts either to try new offences or sometimes traditional offences formulated into new decrees, often with stiffer penalties. The question that arises is how successful is the operation of the special **criminal** tribunals. The answer would seem to depend on a preference between dispatch and justice. Those who had been critical of the problems of delay in the system of criminal justice would easily opt for the greater use of special criminal tribunals for the reason that by and large the procedures are faster and probably cheaper. On the other hand the price of dispatch is the sacrifice of certain fundamental rules of procedure and constitutionalism.

Federal High Court

One court that must be specially mentioned in relation to the organization of the judiciary and criminal procedure in Nigeria is the Federal High Court. Until recent times, the scope of its jurisdiction, especially in relation to criminal matters was problematic. The Federal Revenue Court Act No. 13 of 1973 brought into existence a Federal Revenue Court with general jurisdiction in relation to Federal revenue connected with or pertaining to taxation of companies, customs and

(32) This is one of the innovations introduced by way of Amendments by the Babangida administration apparently with the aim of a speedy administration of criminal justice.

excise duties, banking, foreign exchange, currency and other fiscal measures. The court would also exercise jurisdiction in criminal causes arising out of the above, including offences under the provisions of the Criminal Code which could be instituted by the Federal Attorney-General. By virtue of Section 230 (2).This is one of the innovations introduced by way of Amendments by the Babangida administration apparently with the aim of a speedy administration of criminal justice.This is one of the innovations introduced by way of Amendments by the Babangida administration apparently with the aim of a speedy administration of criminal justice of the 1979 Constitution, the Federal Revenue Court, was turned into a Federal High Court, and continued as from October 1, 1979 in its new designation to have all the powers and exercise all the jurisdiction conferred on it by the Federal Revenue Court Act of 1973. Furthermore, Section 230(1)(a) and (b) of the Constitution extended the court's jurisdiction to such other matters in respect to which the National Assembly has power to make laws.

The failure to delimit the scope of the jurisdiction of this court, which is the only Federal Court of first instance created legal and socio-political problems especially during the Second Republic (1979-1983). The Federal Government took advantage of this court to charge almost all criminal cases in which it was particularly interested to the Federal High Court claiming that it had jurisdiction. Thus the jurisdiction of the court in criminal cases and indeed in other matters became the subject of persistent appeals. This became confounded by conflicting decisions of higher courts on the subject (33), and whatever could have been an advantage for this Federal Court of first instance was rather a subject of public debate. The Nigerian experience at a special Federal court of first instance had been doubly problematic, first in its ideology and secondly in its context. There was obviously a need to reconcile its functions with the basic tenets of a federal structure. Luckily, the Supreme Court intervened in 1983 (34), and has since reiterated its opinion on the delimitation of the jurisdiction of the Federal High Court (35). The broader implication of the ruling in **Bronik Motors Ltd. v. Wema Bank Ltd.** (36) is to limit the apparent authority of the Federal High Court to matters pertaining only to Federal Revenue and its ostensible authority to other matters where and when the National Assembly makes laws conferring such powers upon it, this latter jurisdiction would be shared

(33) See e.g. **R.V. Eze** (1982) 3 N.C.L.R. 259 of **Shugaba** (1982) 3 N.C.L.R. 915.

(34) **Bronik Motors Ltd. v. Wema Bank** S.C. 110/82 of 10th June, 1983.

(35) **African Newspaper of Nigeria Ltd. & Ors. v. The Federal Republic of Nigeria.** Suit No. Sc. 33/1984 of 4th April, 1985.

(36) Supra.

concurrently with the State High Courts .

The Organization of the Police

In Nigeria, the police are a Federal concern. The establishment and control of the Nigeria Police Force is generally governed by Sections 194-196 of the Constitution. For our purpose, the entire provision of Section 195 is quite instructive, in so far as it deals with the appointment of Inspector-General of Police and control of the Nigeria Police Force.

A State Governor is empowered to give directions to the Commissioner of Police but the Commissioner has discretion to refer the matter to the President or to the Minister for Police Affairs for further directions. Neither the President, nor the Minister or the Inspector-General of Police can give any directions to the Governor of the State. While Section 195(4) places the Commissioner of Police under the authority of the Inspector-General, the President can also give instructions to the Inspector-General. There is thus one chain of command from the President to the Inspector General, and then to the Commissioner of Police. There is also another chain of command in the States, that is from the Governor to the Commissioner of Police. Here, the Commissioner of Police has a right of appeal for further directions to the President or the Minister for Police Affairs. Consequently, during the second Republic an ambivalent provision like Section 195(4) became a convenient pretext for the flagrant defiance and indeed humiliations of State Governors not belonging to the ruling party, the President having constitutional control over the Police.

General Observations and Conclusion

Until recent times, the Nigerian judiciary has operated under a mixed jurisdictional approach, in which as a general rule both civil and criminal causes are dealt with by the courts of original jurisdiction as well as appeal courts. However, with the increase in the scope of offences coinciding with the military era, there has been the need for special criminal tribunals which had since functioned quite effectively. Of particular relevance in this regard is the rather new governmental interest in international crimes as well as domestic and international economic crimes, such as drug trafficking, counterfeit currency offences and breaches of the exchange control laws and regulations. It would be seen that the special tribunal on the Miscellaneous Offences Decree, which deals amongst other things with cases of drug trafficking, had not only been very busy but also attracted a great deal of the attention of the Press in particular and members of the public in general. The number of cases pending in the Miscellaneous

Offences Tribunal alone could strengthen the argument in favour of the greater use of special criminal courts and probably Special Criminal Appeal Courts which we are now witnessing (37).

A good number of Judges can now smile by virtue of the constitutional provision which allows them to earn their salaries for life after retirement ; the infrastructure is, however, in urgent need of improvement. It is bad enough that judges still take notes of evidence in long-hand. Even at the level of the Courts of Appeal and the Supreme Court there are no research officers or legal assistants. Incidentally, the problem of note-taking is now greatly reduced in the Federal Court of Appeal and the Supreme Court since the introduction of the "brief system" in those courts. Consequently the general practice in these appellate courts is for counsel to speak to their briefs, sufficient copies of which must have been filed before the date set for arguments.

On the whole, one would have preferred the United Nations to set out minimum standards for the conditions of service of judicial officers as well as a code of conduct for them. This is desirable, for as long as the rule of law remains an internationally recognised and accepted norm, the paraphernalia for its effectiveness should equally attract international standards.

(37) There is an on-going debate on the desirability of the Special Criminal Tribunals. Recently, Chief Rotimi Williams, one of the leading legal luminaries and a practicing Barrister, advocated a system of trial only by regular courts. Before then, someone like Dr. A.G. Karibi-Whyte, Judge of the Supreme Court, did call for Special Criminal Courts. It is my belief that there is a need for specialized courts and more especially Special Criminal Courts, not the quasi-military courts or tribunals we have now. If we must have Special Criminal Courts, they must be specialized courts, however to be manned by Judges **only** as in the present regular courts.

THE RELATIONS BETWEEN COURT ORGANIZATION AND CRIMINAL PROCEDURE IN THE NETHERLANDS

P.J. BAAUW, G.J.M. CORSTENS, R.C.P. HAETJENS,
J. DEHULLU, L.C.M. MEIJERS, G.J.W. VAN OVEN, P.J.P. TAK*

Introduction

In this report by the Netherlands, it was decided that the recommended procedure would be followed and that the questionnaire as a whole would be answered generally. The numbering and headings used below correspond with those in the questionnaire.

1. The Infrastructure of Criminal Justice

1.1 - Criminal Justice as a Budgetary Item

It is not easy to establish the precise extent of government expenditure on the administration of justice in general, and it is even harder when it comes to expenditure on the administration of criminal

---

(*) Each of the authors was responsible for parts of the report, as listed below:

P.J. Baauw (advocate and senior lecturer in criminal law at the State University of Utrecht) 2.6. and 2.7;

G.J.M. Corstens (Professor of criminal law at the Catholic University of Nijmegen) and P.J.P. Tak (Professor of law at the Catholic University of Nijmegen) 2.1, 2.2, 2.5 and 2.9;

R.C.P. Haentjens (senior lecturer in criminal law at the University of Amsterdam) 2.3, 3.1, 3.2, 3.3 and 3.4;

J. de Hullu (lecturer in criminal law at the State University of Groningen) 1.1 and 1.2;

L.C.M. Meijers (Advocate General at the Dutch Supreme Court) 2.4;

G.J.W. Van Oven (Public Prosecutor at Amsterdam) 2.8 and 4.

justice. A complicating factor in the case of criminal justice is that various departments are responsible for bearing a share of the expenditure, for example on the accommodation of the criminal justice authorities and the administration of military justice.

According to official estimates, however, central government expenditure on the administration of criminal justice rose sharply in absolute terms between 1960 and 1985, especially prior to 1980. If expenditure in 1960 is taken as 100, the index numbers for 1970, 1980 and 1985 are 243, 442 and 420 respectively (adjusted for inflation). What is more interesting is to investigate what proportion this is of total government expenditures, because it is then possible to establish the degree of importance attached to the administration of criminal justice. Over the years the proportion has declined slightly. Whereas 3.3% and 3.8% of total government expenditure were devoted to the administration of criminal justice in 1960 and 1970, the failure fell to around 3.2% in 1980 and 1985. A similar percentage has been assumed in the projections for the next few years.

Within the criminal justice budget, the division among the various items has remained stable in proportional terms over the years: around 70% is allocated to the police, 12% to the enforcement of criminal sentences, 7% to the overheads of the Ministry of Justice, 6% to the courts, 3% to the accommodation and 1% each to child care and protection and legal aid.

TABLE: Expenditure on the administration of criminal justice in the Netherlands.

	1960	1965	1970	1975	1980	1985
Absolute:(1)	100	189	243	348	442	420
Govt. expend.(%)	3.3	4.1	3.8	3.7	3.2	3.1
Expend. per inhabitant (2)	31	161	195	267	327	304

It should be noted in connection with these fixtures that they include the total expenditure on the Police. A study of the allocation of

(1) 1960 figure taken as index base.

(2) In Dutch guilders (1984 value).

time by the Dutch Police between 1980 and 1983 showed that between 50% and 60% of the available time was spent on the administration of criminal justice (of which half was on traffic), and the remaining time was spent on such matters as keeping the peace and providing services. Since expenditure on police constitutes around 70% of the total sum spent by the government on criminal justice, the above-mentioned sums should be reduced by one third in order to adjust for the time in which the police do not work on criminal justice. This would mean that at present the proportion of the central government budget directly spent on the administration of criminal justice is in fact not 3.1% but around 2%.

On account of the growing concern felt by the Dutch population and voiced in Parliament about the rise in crime, the Government introduced in 1985 a comprehensive policy plan for the administration of criminal justice in the Netherlands entitled "Society and Crime." The plan includes numerous proposals for the improvement of anti-crime measures. The financial consequences of the plan are that the administration of criminal justice will be exempted from the general cuts in public expenditure and that expenditure on the administration of criminal justice in this absolute sense will even rise slightly. Since the amounts concerned are relatively small, however, it is likely that the relative share will either remain the same or rise only very slightly. The government which took office in 1986 stated that it would continue this Policy.

The policy plan Society and Crime presented in 1985 elicited a considerable response, from which it was possible to gain some idea of how the criminal justice budget was viewed by people in the Netherlands. Although no decisions have been taken in Parliament concerning the policy plan, the debates clearly indicate that the plan has been well received. This has been confirmed in the debate on the most recent budget estimates of the Ministry of Justice. In the elections to the Provincial Councils in the spring of 1987, the major political parties placed considerable emphasis on law and order, which was to be given priority. Although the Dutch Parliament does appear to be in favour of increasing the expenditure on the criminal justice system, this attitude has not resulted in any real changes in the allocation of g vernment funds, mainly because of the great pressure to reduce public spending.

In recent years, there have been no official comments from those who are professionally involved in the administration of criminal justice in the Netherlands concerning the size of the available budget. Neither the judiciary nor the bar has officially commented on the financial aspects of the Society and Crime plan or on the latest budget estimates of the Ministry of Justice. However, it is clear from the comments made

on certain parts of the budget (such as judges' pay and certain bills to simplify criminal procedure) that it is generally felt that the funds available are too limited to allow justice to be administered properly. Finally, a survey was conducted among the Dutch Public in 1985 as part of the Society and Crime plan which also dealt with the budget for the administration of criminal justice. About 74% of the respondents considered that the authorities spent too little (39%) or far too little (35%) on combating crime. The great majority felt that extra funds should be made available by other government departments (for example, 83% mentioned the Ministry of Defence and 63% the subsidized house-building sector). Indeed, 31% of the respondents even felt that an increase in taxes would be a good solution.

In summary, therefore, there is a fairly broad consensus in favour of making a larger budget available for the administration of criminal justice. At the same time, it must be noted that in practice no changes have yet taken place in the budget and that none need be expected in the short term.

1.2 - Infrastructural Equipment Available to the Administration of Criminal Justice

Generally speaking, the management of the criminal justice infrastructure is the responsibility of the Ministry of Justice, which is a central body. This rule is subject to three exceptions, concerning the municipal police forces (see below at 2.8), the accommodation of the bodies involved in the administration of justice and finally the administration of criminal justice in respect of military personnel.

2. The Authorities and Their Roles

2.1 - The Selection of Professional Judges and Other Officers of the Judiciary

The members of the judiciary are appointed by the King by Royal Decree. The judiciary consists of the judges and the public prosecutors. To become a member of the judiciary, one must have a master's or bachelor's degree in law. Admission to the judiciary can be gained in two ways. First, by means of a specific training course for a position with the judiciary, or second through external recruitment. The Ministry of Justice has adopted an appointments policy designed to ensure that the ratio between the two groups is kept at 50/50.

The selection, education and training of young lawyers for positions with the judiciary are resultant from the Officers of the Court Training Decree (Bulletin of Acts, Orders and Decrees 1985, no. 555). A young lawyer who wishes to join the judiciary can apply for a position as a

trainee. The applicant then has to complete an application form containing the usual information about his training and his interests outside the law. The referees whose names he has given are subsequently asked for their views on the character of the applicant, paying special attention to qualities such as integrity, above-average intelligence, legal acumen, social interest, social skills. Decisiveness and the ability to formulate clearly both orally and in writing.

Each applicant is invited to take part in a psychological test organized by the State Psychological Service. The test is intended to uncover any weaknesses in the fields of intelligence, productivity, stability, social habits and literacy. The candidate is then invited for a discussion with a number of members of the selection board. The board consists of fifteen members, namely judges, public prosecutors, civil servants from the Ministry of Justice and outsiders who have gained relevant experience in society at large. The function of the selection board is to assess first the ability of the candidate to analyze properly both legally and in practice and to come to a considered opinion and second his willingness to continue to expand his legal knowledge and general skills. In addition, the board considers the candidate's language skills, social skills, flexibility in thought and deed, positive approach and attitude, and cultural interests. On the basis of these discussions and the report of the State Psychological Service, the board drafts recommendations for the Minister of Justice on the suitability of the candidate.

The decision on whether the candidate is admitted to the course is made by the Minister. The course is a practical one and lasts six years. Four years are spent in the judiciary (two years at a district court registry and two years in the Public prosecutor's office at a district court) and thereafter two years outside the judiciary (for example with a law firm, the police or a government department). During the course, the trainee receives theoretical training at the Judicial Study and Training Centre (which runs about 8 courses per year). If the trainee proves unsuitable, the employment is terminated early or the person concerned is not appointed a judge or public prosecutor. Persons who have gained wide social and practical experience outside the judiciary for a period of at least six years after obtaining their law degree may be admitted to the judiciary without following the course referred to above (this is known as external recruitment). The selection procedure is in most respects similar to that outlined above.

This method of selecting members of the judiciary does, in our view, provide a guarantee of quality, provided that the number of people applying for the training course or to be admitted on the basis of their wide practical experience is sufficient to ensure adequate choice and

that the financial and career prospects can compete with those of the bar and industry. There must be doubts on this score, especially on the ability of the profession to provide career prospects rivalling those in industry for the applicants recruited externally. The number of applicants wishing to follow the training course within the judiciary is large. Only one out of every 8 to 10 applicants is appointed. In the case of the external recruits, the ratio of appointments to rejections is approximately equal.

2.2 - Participation of laymen in the administration of Justice

The best known form of lay participation in the administration of criminal justice, namely juries, does not exist in the Netherlands. Criminal justice is administered by professional judges and professional public prosecutors. Two exceptions to this rule should be mentioned. In the case of military law, the court includes officers who do not belong to the judiciary. The courts martial (first instance) are presided over by a professional judge, who sits with two lay judges. The Supreme Military Court (appeal court) has three military lay members out of a total of five.

Lay judges are involved in hearing applications for postponement or refusal of early release from imprisonment. The application is heard as the so-called prisons division of the Court of Appellate in Arnhem. This special division consists of three members of the Court of Appeal and two outside members as experts. The reason for the participation of non-professional judges in these limited areas of the administration of justice is that their specific non-legal expertise is thought to improve the quality of the decision-making. In view of the extremely limited part played by lay judges in the administration of criminal justice, it is not possible to ascertain whether their involvement has improved the quality of criminal justice, and if so to what extent. In any event, the rules of procedure or evidence have not had to be modified as a result of their involvement. There are no signs of moves to extend the role of lay judges in the administration of criminal justice in the Netherlands.

2.3 - Special Courts

Disregarding juvenile criminal law and disciplinary law, the Dutch law of criminal procedure has no special procedures and courts for particular types of offences or suspects. "Normal" criminal Procedure is as follows: minor offences (i.e. regulatory offence) are tried by a sub-district court judge sitting alone, and serious offences (i.e. indictable offences) are heard by a chamber of the district court consisting of three members.

Suspects can be divided into natural and legal persons. Although

this distinction has no bearing on the court before which the case is brought, various additional provisions have been included in criminal procedure for cases involving legal persons and the range of sentences has been modified slightly.

In 1921 the office of "police magistrate" was created. Police magistrates are judges of the District Court who sit alone as a special court to hear cases concerning criminal offences of a less serious nature which fall within the jurisdiction of the District Court and which are easily provable. The police magistrate may not impose sentences of more than six months' imprisonment. The procedure in cases brought before the police magistrate is derived from the procedure applicable in the case of the full court, but is simpler in a number of respects. The majority of indictable offences are in practice disposed of by the police magistrates.

The procedures applicable to certain categories of criminal offences or suspects sometimes differ from the normal ones. The main ones are economic, tax and military crimes.

2.4 - The Highest Court

Under the Dutch constitution as revised in 1983, the task of the Supreme Court of the Netherlands is defined concisely (in article 118, paragraph 2) as: "In the cases and within the limits laid down by Act of Parliament, the Supreme Court shall be responsible for annulling court judgments which infringe the law." Section 99 of the Judiciary Organization Act lists as grounds for cassation incorrect application of the law (other than the law of foreign states) and failure to observe procedures, insofar as non-observance thereof is expressly stated to result in nullity or such nullity is a consequence of the nature of the procedure that has not been observed.

In view of the function of the Supreme Court and the various grounds of cassation a described above, cassation jurisdiction in the Netherlands can be said to have three objects: a) to ensure legal unity; b) to direct the development of the law; c) to ensure due process.

In the period from 1976 to the end of 1986, the number of criminal cases referred to the Supreme Court rose by 314% from 640 in 1976 to 2,010 in 1986. On 31 December 1986 there were 1,342 cases pending before the criminal division of the Supreme Court. The average time between receipt of the trial documents following a cassation appeal to the Supreme Court and the start of the sitting of the Supreme Court was five months at the end of 1986.

In 1976, the criminal division of the Supreme Court consisted of six judges, whereas on 31 December 1986 the number was nine. Similarly, in 1976 the prosecution demands for sentence in criminal cases were

dealt with mainly by two advocates-general, but by the end of 1986 two advocates-general were engaged full time and a third spent half of his time advising the Supreme Court in criminal cases.

In addition to the fact that appeals to the Supreme Court need meet few conditions, some of the main factors which have accounted for the much heavier workload have been: a) the increased emphasis placed on the protective function of the criminal law since around 1970, owing partly to the effect of international conventions, particularly as regards victims of crime; b) the increasing volume of rules and regulations carrying criminal sanctions in the welfare state; c) as a corollary the emergence of new types of crime, often of an organized nature, such as the environment, narcotic drugs, fraud and data processing.

In the Netherlands access to the court of cassation in criminal cases is virtually unlimited. Both the accused and the Public Prosecutions Department may bring an appeal in cassation against the final judgment of a criminal court, against which there is no longer or has never been any other appeal and in which the charges are decl red to have been proved. In only two categories of cases is the right of appeal in cassation by or on behalf of the accused conditional, in that the appeal in cassation can be dealt with only if the accused (or an advocate on his behalf) alleges one or more objections to the judicial decision (referred to as grounds of cassation) in writing. The largest category is that of the so-called economic offences. It should be noted that the formulation of grounds of appeal in cassation by the accused is in fact not mandatory. The Supreme Court generally examines "ex officio" an appeal in cassation instituted by or on behalf of an accused even if no grounds have been put forward by him or on his behalf. If the public prosecutions department appeals in cassation, it is always obliged to set out its grounds of appeal in writing. The accused is not obliged to appoint counsel to represent him either when entering the appeal in cassation or in proposing the grounds of appeal. The procedural requirements for the institution of an appeal are very simple. The Supreme Court is also prepared to overlook any irregularities in the observance of the procedural requirements if this is to the advantage of the accused. In giving judgment in criminal cases the Supreme Court consists of five judges. On 1 September 1986 the Act of 21 May 1986 (Bulletin of Acts, Orders and Decrees 285) came into force, enabling the criminal division of the Supreme Court to have cases heard by three judges where this would be appropriate.

In preparing its judgments, the Supreme Court makes use of the services of law clerks, who have been attached to the Supreme Court since the early seventies. As a rule, these law clerks work for it for a period of around five years, carrying out preparatory work either for the

Court itself or for the members of the Prosecutor's Office at the Supreme Court.

As in civil cases and a number of fiscal cases heard by the Supreme Court, the advocates-general at the Supreme Court act in all criminal cases as advisor to the Court's criminal division. If grounds of appeal have been put forward in an appeal in cassation, the advocate-general advises the Court in written submissions on how the grounds of appeal should be assessed. The existence of submissions in which the points of law are assessed in terms of statute and case law enables the Supreme Court to keep its judgments short and to the point. If there were no written submissions, the Supreme Court would have to change its procedure in order to render its judgments comprehensible, and adopt for example the style of the "Bundesgerichtshof" of the Federal Republic of Germany. Not infrequently, the Supreme Court refers to the submissions of the advocate-general to explain either all or part of its decision.

A number of measures have been taken in recent years to lighten the workload of the Supreme Court. For example, the number of members of the Supreme Court has been increased. The objects of cassation hearings as described above would not be served, however, by an unchecked increase in the number of members of the Supreme Court. Another measure is the Act referred to above, which enables three members of the Court to hear cases rather than five.

Another recent important measure to lighten the workload is a bill which enables the Supreme Court to give a summary judgment in cases in which the Court considers that the ground of appeal cannot result in cassation and that there are no points which require judgment in the interests of legal unity or the development of case law. In such cases the judgment of the Supreme Court may be limited to this finding, which can help to cut the workload drastically.

The Government, supported by the Supreme Court itself, prefers this approach to the problem of the increased workload since the basic premise is that it should be possible for all cases to be referred to the Supreme Court if the parties so desire. Other possibilities too have been considered, in particular that in which the lower courts have the right to decide whether or not to allow the institution of an appeal in cassation and that in which the Supreme Court itself selects the cases which it wishes to hear in cassation. In the bill on summary judgment procedure, the Government states that the problem with these two alternative solutions is the criteria to be used in granting leave to appeal or selecting the cases to be heard. The wider the criteria, the more the system acquires an arbitrary character. The first alternative, which resembles in some ways the American "certiorari" system, the English

"leave" system and the "Annahme" system in the Federal Republic of Germany, would require the creation of a preliminary hearing in the present procedure, as a result of which double work would still be inevitable in a number of cases.

2.5 - The Prosecuting Authority

The power to prosecute rests exclusively with the members of the Public Prosecutions Department. The Public Prosecutions Department is a nationwide organization which is organized hierarchically and is ultimately under the control of the Minister of Justice (see 2.9). The prosecuting power of the Public Prosecutions Department is exercised at the level of the sub-district courts (which are competent to hear non-indictable offences at first instance) and the district courts (which are competent to hear non-indictable offences on appeal and indictable offences) by the public prosecutors under the direction of a chief public prosecutor. In the case of traffic offences, prosecutions are sometimes brought by public prosecutors specializing in traffic offences. Public prosecutors as a whole have the power to issue instructions to the police in matters relating to the detection and investigation of criminal offences.

At the courts of appeal (courts which hear ordinary appeals in cases involving indictable offences), the procurators-general and their assistants-cum-deputies, the advocates-general, act as members of the Public Prosecutions Department. The Procurators-general have the Power to issue instructions to the chief public prosecutors both in matters relating to the detection and investigation of criminal offences and in respect to the prosecution of criminal offences. Cases brought before the cassation court (i.e. the Supreme Court) are no longer prosecuted. The members of the Public Prosecutions Department assigned to the Court are outside the normal hierarchy of the Public Prosecutions Department. They are advisers to the cassation court.

In matters of prosecution and investigation, therefore, there is a hierarchical chain of authority running from the Minister of Justice through the procurators-general at the courts of appeal to the public prosecutors at the courts of first instance. This hierarchical organization is the basis for a network of vertical and horizontal links for the coordination of the power of prosecution and investigation. In the first place there is regular consultation within each public prosecutors' office (the organizational unit of the chief public prosecutors and the procurator-general at the appeal court). These consultations are used to determine policies. In the second place, each procurator-general at an appeal court consults regularly with the chief public prosecutors who have been appointed at the courts which fall under the jurisdiction of the

relevant appeal court. In the third place, the five procurators-general at the courts of appeal meet together every fourteen days under the chairmanship of a senior official of the Ministry of Justice or the Minister of Justice himself. In addition, there are various forms of consultation both in each district and nationally, at which policies are discussed and prepared. Each district for example has one advisory committee for drugs, one for traffic offences, one for economic offences and so forth. The meeting of the procurators-general in particular regularly issues guidelines for investigation and Prosecution. These guidelines cover policies in each field, for example drugs or arms trafficking. The guidelines also help to determine the use made of the expediency principle in prosecution (i.e. the right of the Public Prosecutor not to bring a Prosecution even where a prosecution would be technically possible). Certain other matters, for example the sentences to be demanded for drunken driving, are also regulated in the guidelines.

It is no exaggeration to state that the Dutch Public Prosecutions Department has great power, at least in handling cases that have come in. It has a monopoly on prosecutions and employs the expediency principle in this connection. Furthermore, it makes use of hierarchical structure to pursue coordinated policy. In this way, it is possible to determine systematically what cases should be brought to trial and what sentences should be demanded.

2.6 - The Authority of Indictment

The decision to institute criminal proceedings has been reserved solely to the public prosecutions Department since the introduction of the present Code of Criminal Procedure in 1926. Around half of the indictable offences which reach the public prosecutors' office through the intermediary of the police are not brought to trial but are instead disposed of by the Public Prosecutions Department itself. Usually this is done by means of a decision not to press charges (under the expediency principle, decision not to prosecute for reasons of public policy) or by an offer to settle out of court (prevention of a prosecution, for example, by agreement to pay a fine).

If it is decided to refer the matter to the criminal court, suspects in simple, less serious kinds of indictable offence will generally be summoned by the public prosecutor exclusively on the basis of the information obtained in the police investigation. In the case of more complicated and serious indictable offences, the public prosecutor may apply to the examining magistrate for a preliminary judicial investigation to be conducted. The public prosecutor may also apply for the suspect to be remanded in custody.

When the preliminary judicial investigation is completed, it is once again the public prosecutions department which has to decide whether or not to continue the prosecution. If the suspect is notified by the public prosecutor that no charges will be brought (either conditionally or otherwise), the case is ended, unless fresh incriminating evidence is discovered later. However, if the public prosecutions department does decide to prosecute, (i.e. if a notice of further prosecution or a summons is issued), the suspect can lodge a written notice of objection with the District Court. The objection procedure enables the suspect to challenge other than in a public setting (i.e. in camera) what may be a rash or unjust prosecution, and thereby avoid being exposed to the shame of a public trial; as a result of the objection, the summons ceases to have effect by law. This judicial review of the prosecution policy of the Public Prosecutions Department is fairly limited, and in the great majority of cases the notice of objection procedure results in a decision by the judge in chambers, after a brief investigation, that the case should after all be held for trial. The Public Prosecutions Department is bound by this decision to the extent that the summons must thereafter agree word for word with the definition of the offence in the judicial decision. Appeal against the decision of the judge in chambers lies the Court of Appeal and appeal in cassation against the decision of the Court of Appeal lies in the Supreme Court.

The Ministry of Justice has the impression that the notice of objection procedure is frequently used improperly by the suspect or his counsel (especially in fraud cases), mainly to delay the procedure. This is why a bill was presented to Parliament on 26 November 1986 proposing that the summons should no longer cease to have effect by law simply as a result of the submission of a notice of objection: the District Court would then be able to deal with the notice of objection in chambers on the day on which the suspect is summoned to appear, prior to the trial in court. If the notice of objection were held to be unfounded, the trial could then take place immediately. In order to prevent delays, the bill also provides that the suspect usually should not have the right of appeal or appeal in cassation. It is intended that the bill, which has been submitted in the context of the policy of retrenchment and streamlining in the administration of criminal justice, should become law in the near future, since it has already obtained the support of the Lower House of the Parliament.

2.7 - The Defence

The only persons permitted to act for the defence in criminal cases are advocates registered in the Netherlands (or advocates from other EEC countries who work with them). Advocates who advise and defend

a suspect in criminal cases in their capacity as counsel are practicing their profession as entrepreneurs. However, admission to the profession, the powers and duties of advocates, the organization of the bar and disciplinary law are all regulated in the Advocates Act. In the strict sense, counsel are not public law bodies or even an official part of the criminal justice system (institutions such as public defenders, "Pflichtverteidiger," are unknown in the Netherlands).

Nevertheless, advocates are in many respects very definitely dependent on the judicial organization in the widest sense of the word in order to conduct an effective defence both at the trial and in the preliminary investigation.

Under the Code of Criminal Procedure a suspect is at all times empowered to choose one or more counsel; in principle the suspect has to pay for any counsel whom he chooses in this way. However, the law also enables counsel to be assigned in cases involving indictable offences, i.e. their fee is then paid by the criminal justice authorities. Counsel are assigned automatically in cases involving deprivation of liberty. Once a suspect has been detained in police custody, he is given legal assistance by the duty counsel. Such an assignment is then confirmed "ex officio" by the president of the District Court when the suspect is remanded in custody. Furthermore, counsel may be assigned by the Legal Assistance Council on request to represent a low-income suspect. As a result, advocates acting in criminal cases are generally assigned to the suspect and charge fees calculated in accordance with fixed rates. Clearly, the assignment system and the size of the fees (which have been affected by the spending cuts) are factors which affect the degree of commitment of defence counsel. Counsel has the right of free and unmonitored access to a client who is in custody. Since such access is not allowed to delay the investigation, counsel is always dependent in part on the time and facilities made available by the police and the criminal justice authorities for this purpose.

Counsel is also dependent on the cooperation of the relevant authorities when exercising his right to inspect the documents in the proceedings and to obtain copies in good time.

The most important restriction on the provision of an effective defence is the fact that counsel does not have the right of either statutory law or case law to be present at police interrogations.

The problems of overloading, undercapacity and spending cuts that have faced the "criminal law business" for so many years also result in a wide variety of difficulties which recur daily and hamper the provision of an effective defence. This is particularly true insofar as counsel is dependent on the responses or decisions of the authorities in the case against his client (and the speed of such responses or decisions). It can

be especially frustrating for example if correspondence is not answered or only answered after a long delay, and if there are long waits before applications or cases are heard. Spending cuts, streamlining and measures to promote efficiency have led to a series of bills designed to ensure, in the words of the present Minister of Justice, that the criminal law business should in the future provide an off-the-peg rather than a made-to-measure service, which is of course more expensive (see below at 4). The effect of this is on the one hand an extension of the powers of the police and criminal justice authorities and on the other limitations on the rights of suspects and the defence. The Dutch bar has repeatedly warned about the dangers of this situation, but so far to no avail.

2.8 **Police and Judicial Authority**

The regular police are divided into two separate forces, namely the municipal and the national police. Each municipality with more than 25,000 inhabitants has a municipal police force. The control, organization and management of the municipal force is in the hands of the burgomaster (the head of the municipal executive). The national police force, which is organized centrally, comes under the responsibility of the Minister of Justice. The criminal investigation police form part of the municipal force but have a separate position within it, comprising the criminal investigation department (including its specialized units) and the juvenile and vice squads. Around 15% of the force establishment works in the employ of the judicial authority. There are also separate criminal investigation units within the national police groups (each municipality with fewer than 25,000 inhabitants has such a group). The national police also have regional criminal investigation departments, which can be employed anywhere in the region and when as the need arises.

In addition to the regular police, there are also special investigating officers responsible for enforcing special acts of parliament. A number of these investigating officers are organized in larger central services, often operating within the framework of a specialized government department.

The main responsibility of the criminal investigation police is to investigate criminal offences, either on their own initiative or in response to information from a member of the public. Owing to the enormous "supply" of criminal offences, the majority of police time is spent in processing information. As a result, the district stations in the major cities in particular are often no longer in a position to devote sufficient time to their traditional investigative duties. The central investigative services thus concentrates more on the actual work of detection, mainly on the basis of information gathered by the central

services about large-scale organized crime. The introduction of neighbourhood teams in the major cities (as part of the current idea that services should be decentralized) may have provided a stimulus for the resumption of traditional investigative work. In the case of the special investigative services, the emphasis is often placed in practice on the enforcement of the relevant area of law for which they are responsible by means of administrative procedures.

All investigating officials are responsible to the public prosecutions department when investigating criminal offences. Formally speaking, the public prosecutor is the senior investigator. In practice, however, the investigators deal with most cases without prior consultation with the Public Prosecutions Department. Consultation does, however, take place at a more abstract level, namely in order to determine policy on certain kinds of crime and the use of special methods of investigation (undercover agents, infiltrators etc.). In this connection, it is a problem for the Public Prosecutions Department that it has absolutely no power in respect to the management of the police forces. However, there is also consultation in specific cases when investigating officers require the approval or cooperation of the public prosecutor or the examining magistrate for the use of certain means of coercion.

In recent years, the public prosecutors have taken a rather more active part in the investigative work. This may be a result of the increasing complexity of cases and the lack of financial resources which has made it necessary to set priorities when instituting investigations. Furthermore, the increasing effect of the rulings on unlawful evidence has meant that it is important for the public prosecutor dealing with a case to ascertain as early as possible what methods will be employed in the investigation.

It follows from the above that the criminal investigation police are largely responsible for investigating the facts and ascertaining the truth. The majority of criminal offences which come to trial are prosecuted only on the basis of the material collected by the investigating officers.

The protection afforded by law to the interested parties during the investigative stage is much less than in the later stages of the proceedings. In particular, the suspect does not have the right during an interrogation by an investigating officer to be assisted by counsel. The victim of an indictable offence does formally have the right to lay an information concerning it, but in practice this often leads to problems and the victim will in any event be able to exercise little if any influence over the course of an investigation started as the result of an information. This illustrates once again that, if the investigation is carried out speedily and effectively, this can do much to allay the social disquiet resulting from the commission of the offence.

2.9 - The Minister of Justice and Criminal Procedures

The Minister of Justice is politically responsible for the policy of the Public Prosecutions Department, and can be called to account in Parliament for intervening or failing to intervene in this policy. Under Section A of the Judiciary Organization Act, the officials of the Public Prosecutions Department are obliged to follow orders which are given to them in their official capacity by the competent authority on behalf of the King. It is fairly generally assumed that this authority is a reference to the Minister of Justice. The Public Prosecutions Department therefore falls under the Minister of Justice.

The power of the Minister of Justice to issue instructions under Section 5 can be made subject to various limitations. In the first place, the Minister of Justice may never go so far as to deprive a member of the Public Prosecutions Department of all his powers or a considerable part of them by way of sanction. He cannot therefore order that a member of the Public Prosecutions Department should refrain from taking prosecution decisions until further notice. In the second place, the power is subject to a restriction that can be summed up by the adage "la plume est serve, la parole est libre". The Minister may not therefore instruct the Public Prosecutions Department to demand a particular sentence. A third limitation results from the rule of custom that the Minister of Justice should keep a certain distance between himself and the Public Prosecutions Department. The Minister is increasingly involved in the preparation of the policy of the Public Prosecutions Department. During the bi-weekly meeting between the senior officials of the Ministry and the procurators-general at the Courts of Appeal, a frequent topic of discussion is the policy reports drawn up by the Ministry. Conversely, members of the Public Prosecutions Department will in certain cases apply directly or indirectly to the Ministry in order to assure themselves in advance of departmental support in certain matters or to allow the Minister sufficient time to intervene in the proposed policy. In this way it is possible to anticipate the political reaction. This does not mean, however, that the policy of the Public Prosecutions Department is completely centralised. Regional or local problems can lead to a policy settled regionally or locally and differing from the national policy.

3. Differentiation and Specialization of the Criminal Process

Three of the four forms of crime to which reference has been made are closely connected, namely organized crime, white collar crime and international and transnational crime. However, none of them are susceptible to a simple definition.

3.1 - **Organized Crime**

There is no systematic information available in the Netherlands about the phenomenon of organized crime or, therefore, about the way in which this form of crime can and should be fought. For the time being, it can be assumed that the three forms of organized crime which are distinguishable (namely professional crime, the activities of crime syndicates and white collar crime) also occur in the Netherlands. The question is, however, to what extent and what is the relationship between them? The Government's 1985 policy plan "Society and Crime" indicated that organized crime would consist of such activities as illegal gambling, arms trafficking, prostitution and the use of illegal labour in the construction industry, carried on in close connection with the traffic in drugs a number of measures have been taken to combat these specific offences, especially in the field of legislation. In addition to these specific measures, there have been various more general developments, partly affecting organized crime. For instance, the powers of the police to enter dwellings have been organized systematically by law (for which purpose the Constitution has been amended) and the power of the courts to take cognizance of interrelated matters which are not strictly speaking within their geographical jurisdiction has been extended. Moreover, increasing use is being made of infiltrators to investigate criminal offences (this is no longer limited to drug trafficking).

Finally, without wishing to underestimate the problem of organized crime, it should be remembered: (a) that, although organized crime is always internationally oriented, its nature, extent and structure differ from country to country; (b) that it is sensible first of all to make a thorough study of the forms it takes, in order to maximize the effect of a selective and varied policy of investigation and prosecution, always assuming that action by the criminal justice authorities can be effective; (c) that engaging in a "war against organized crime" entails the risk that organized crime will escalate the conflict (using increasingly refined methods); and (d) that pressure of events in society should not result in the law of criminal procedure being robbed of one of its essential roles, namely to protect the individual against a vengeful State.

3.2 - White Collar Crime

As regards white collar crime, which constitutes a large part of economic crime, the rapporteur would refer for the sake of brevity to the Dutch report on economic offences which was compiled for the previous AIDP Conference. The report chose a wide definition of "economic crime" (see Revue Internationale de Droit Penal 54 [1983] 456). Economic offences can thus be regarded as offences committed by undertaking and individual in the white collar sphere. Besides various

specific legislative measures to counter certain forms of undesirable behaviour in the white collar sphere (e.g. bills to make it a criminal offence to engage in insider trading or certain forms of computer hacking), the legislature has recently made it possible for economic offences which are closely connected with one another to be tried together by the economic magistrate. To enable the criminal justice authorities to take effective action in major fraud cases, the maximum custodial sentence for the crime of forgery has recently been increased to such an extent that it is now possible for suspects to be remanded in custody pending trial. The Public Prosecutions Department is also making increasing use of article 140 of the Criminal Code (offence of participation in a corporate body with a criminal intent) in order to combat business fraud, and article 51 of the Criminal Code (which provides that customers and persons in actual control and operating within the shelter of a corporate body can be convicted).

3.3 - Petty Crime

"Petty crime" is understood by a government commission to mean punishable offences occurring on a large scale, which can be settled by the police or are generally disposed of by the public prosecutor in the case of a first offence, or which can be punished by the courts by not more than a fine and/or suspended sentence, and which are a nuisance above all because of their frequency or the feelings of disquiet which they engender among the general public. The commission included in its list of petty crimes the following: vandalism, football hooliganism, bicycle theft, shoplifting, burglaries in homes, less serious forms of violence (in public places), public transport fraud and traffic offences. Disregarding traffic offences, the Commission advocates in its final report that a closer watch should be kept over potential criminals, both by the public as a whole and by persons in the exercise of their official duties. According to the Commission, it is necessary "to strengthen the realization that in view of all the freedoms which a pluralist society confers and indeed should confer on its citizens, it is necessary to respect to the full the physical integrity of the property of one's fellow citizens." The standards incorporated in the criminal law in this respect should be actively enforced. The imposition of a sentence is the ultimate remedy in this connection. Most of the commission's recommendations have been adopted in the Government's policy plan "Society and Crime," which is referred to above. The Government specifically advocates the above preventative administrative measures, which must be taken in consultation among the Public Prosecutions Department, the administrative authorities and the police. In addition, it proposes various criminal sanctions, for example the possibility of requiring the offender

to pay damages to the victim, the imposition of fines and the promotion of alternative sanctions, in particular community service.

As regards measures to combat minor traffic offences, the Minister of Justice has recently presented a bill to parliament to enable the police to dispose of such cases by imposing an administrative fine. The bill also provides for right of appeal to the public prosecutor and thereafter to the District Court and the Supreme Court, where necessary. Whether this will lead to a substantial reduction in the workload of the courts and the criminal justice authorities remains to be seen. Various objections have been made in the literature to the involvement of the Public Prosecutions Department in this way in the disposal of minor criminal offences.

3.4 - International and Transnational Crime

The first point to be made in connection with international-transnational crime is that there are various international conventions designed to combat crimes of an international nature. In addition, conventions have been concluded within Benelux and the Council of Europe. The Netherlands has ratified almost all European mutual assistance conventions (extradition, assistance in minor matters, transfer and enforcement of criminal sentences and prosecutions), with the exception of the convention on driving disqualification. As a result, it has been necessary to provide appropriate legislation and measures in the Netherlands to implement the conventions. The Public Prosecutions Department has issued a guideline with regard to the transfer of prosecutions which will result in a considerable lightening of the workload of the criminal justice authorities.

In practice, however, the police and criminal justice authorities now have a greater need for informal contacts, rather than the formal, time-consuming contacts under the international extradition conventions and letters rogatory.

A large number of changes to criminal law procedure, some of which have already been implemented and others of which are still being prepared, have been described above. The majority of them are intended by the government to lighten the burden on the machinery of criminal justice. It was, after all, established in the policy plan Society and Crime that "the way in which the machinery of criminal justice now functions is unacceptable due to lack of funds, there has been an scope for expansion of capacity (see section 1.1). Relief is how being sought in what often seems to be a pragmatic rationalization on the organisation and the procedural regulations. The manner in which this is being done is rather piecemeal and has been criticised as imperceptibly undermining the nature of criminal procedure as a whole.

The procedural changes which it is hoped will make the system more effective include a number which have not yet been mentioned, namely abolition of the extension of remands in custody (i.e. that part of pre-trial detention which can be ordered independently by the examining magistrate in criminal cases) and the extension of the first period of remand from six to ten days; limitation of the obligation of the courts to produce full versions of their judgments and official records of the trial; simplification of the law of criminal procedure relating to juveniles; introduction of appeals which would normally be heard by a full bench of judges now dealt with instead by a single judge; granting of the power to the police to settle out of court not only non-indictable offences but also cases of shoplifting. Although under the proposal the police would be acting by virtue of the delegated powers of the Public Prosecutions Department, this change is of such a far-reaching nature that it can also be regarded as a change in the organisational structure, a transfer of discretionary "judicial" powers to persons who do not constitute part of the judiciary.

Attempts are being made to increase the efficiency of the criminal justice system by administrative measures too. It has, for example, been agreed within the national system that bills and proposed regulations should be examined to ascertain whether the standards they introduce can be upheld. This category also includes a number of measures which are intended to make more economic and efficient use of the existing system and, where necessary, to expand it. These measures (management courses for members of the Public Prosecutions Department, integration of the records of district courts and public prosecutors' offices, appointment of a planning official at public prosecutors' offices, more intensified recruitment of personnel) are all of a mainly technical and organisational nature.

A far-reaching procedural proposal which is concerned more closely with investigation of the facts and protection of the interested parties that provides provision should be made for witnesses who have been threatened or are at risk to give their testimony anonymously and for this evidence to be admissible in court. Another proposal designed to protect the interested party and allay public disquiet is the guideline for the treatment of victims, which provides in particular that the police and criminal justice authorities should pay more attention than in the past to providing information, guidance and care for victims of offences. For this purpose new internal rules of procedure have been issued.

Literature

J.P. Balkema et al., **De Politiële handhaving van strafwetgeving** (Police enforcement of the criminal law), van den Brink Lochem, 1985 (2.8).

Commissie Kleine Criminaliteit, **Interim Report** (1984) and **Final Report** (19g6), Government Publishers, The Hague (3.3).

G.J.M. Corstens and P.J.P. Tak, **Het Openbaar Ministerie** (The Public Prosecutions Department), W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle, 1982 (2.1; 2.8; 2.9).

C. Fijnaut, **Georganiseerde misdaad, een onderzoeksgerichte terreinverkenninf** (Organised crime, a research-oriented reconnaissance), Justitiële verkenningen 1985, no. 9, pp. 3-43. (3.1).

C. Fijnaut et al., **De recherche onder de loupe** (The criminal investigation department under the magnifying glass), van den Brink Lochem, 1985 (2.g).

Samenleving en criminaliteit, een beleidsplan voor de komende jaren (Society and crime, a policy plan for the years ahead), Annex to proceedings of the Lower House 1984-1985, 18.995 (1; 3; 4).

P.J.P. Tak, **The legal scope of non-prosecution in Europe**, Heuni, Publication Series no. 8 Helsinki, 1986 (2.5).

LES RAPPORTS ENTRE L'ORGANISATION JUDICIAIRE ET LA PROCEDURE PENALE EN POLOGNE

J. GRAJEWSKI * et A. MURZYNOWSKI **

1. L'infrastructure de la justice pénale

1.1 - D'une façon générale, on peut dire qu'en Pologne l'administration de la justice manque de personnel et de moyens financiers. Les sommes attribuées à l'administration de la justice dans le budget de l'Etat sont trop modestes, à cause des difficultés économiques générales du pays. Les dépenses globales pour le Ministère de la Justice, la Cour Suprême et le Ministère public représentaient 1,1% du budget de l'Etat en 1986, dont 0,4% pour la Cour Suprême et le Ministère public et 0,28% pour les tribunaux de droit commun (1). Précisons que le budget du Ministère de la Justice comporte, entre autres, les dépenses d'entretien des établissements pénitentiaires et des établissements pour mineurs, ainsi que les dépenses occasionnées par le fonctionnement des bureaux notariaux.

Les magistrats sont faiblement rémunérés. En 1985, le salaire moyen dans l'économie sociale était de 20.005 zlotys par mois. A la Cour Suprême la rémunération moyenne était de 29.247 zl, au Parquet de 21.492 zl, dans les tribunaux de droit commun de 18.347 zl seulement (2). Les très faibles rémunérations du personnel administratif des tribunaux font qu'il est toujours incomplet et peu qualifié, ce qui entrave le bon fonctionnement des tribunaux. Les stagiaires, voire les juges eux-mêmes, sont obligés de remplir des fonctions administratives. Les bâti-

(*) Professeur de Droit pénal, Varsovie (Pologne).

(**) Doc. Droit pénal, Sopot (Pologne).

(1) Ces chiffres sont établis par les auteurs sur la base de la loi de finances pour 1986, du 23 décembre 1985 (Journal des Lois n°58/1985, texte 295). Ils ne comportent pas les dépenses des tribunaux militaires et des collèges connaissant des contraventions.

(2) Les chiffres sont cités d'après l'Annuaire de l'Office Central des Statistiques de 1986, p. 165 et 511.

ments, les locaux et l'équipement technique sont insuffisants.

Toutes ces difficultés financières et déficiences matérielles sont bien connues, et les autorités prennent des mesures pour y remédier. Néanmoins, des solutions plus marquantes et une amélioration radicale sont nécessaires, bien que dans la situation actuelle du pays il faille les étaler dans le temps.

1.2 - L'organe qui s'occupe des locaux, des finances et de l'équipement technique des tribunaux de droit commun est le Ministère de la Justice, dont le budget comprend aussi les dépenses occasionnées par le fonctionnement de ces tribunaux. On ne prévoit pas de changement dans ce domaine.

2. Les autorités et leurs rôles

2.1 - Les juges sont nommés par le Conseil de l'Etat. Les candidatures sont présentées par le ministre de la Justice en ce qui concerne les juges des tribunaux de droit commun, par le ministre de la Défense Nationale pour les juges des juridictions militaires, par le Premier président de la Cour Suprême pour les juges à la Cour, lesquels agissent de concert avec le ministre de la Justice ou le ministre de la Défense Nationale (quand il s'agit de la Chambre militaire de la Cour). En proposant une candidature, le ministre doit prendre l'avis du collège de "la cour de voivodie" compétente, sans être toutefois lié par cet avis. Les juges sont nommés en principe à vie, mais ils peuvent être révoqués ou destitués dans les cas prévus par la loi. Seuls les juges à la Cour Suprême remplissent leurs fonctions pendant cinq ans, ce mandat étant renouvelable.

Peut être nommé juge celui qui a la nationalité polonaise, offre les garanties de pouvoir bien s'acquitter de ses devoirs, a achevé des études juridiques, a accompli un stage judiciaire et subi avec succès l'examen professionnel, a travaillé au moins un an comme assesseur dans un tribunal ou un parquet et est âgé de 26 ans révolus. Les professeurs de Droit, les personnes ayant accompli un stage dans certaines professions juridiques ou travaillant comme assesseur sont dispensés d'accomplir un stage, une fois passé l'examen professionnel (3). Ne peut être juge la personne dont le conjoint exerce la profession d'avocat.

Une carrière type de juge se déroule comme suit : après avoir achevé les études juridiques qui durent cinq ans, le diplômé peut adresser au Président de la cour de voivodie territorialement compétente une demande d'admission à un stage judiciaire de deux ans. Le candidat peut accomplir ce stage soit comme titulaire d'un emploi rémunéré, soit

(3) Comme le juge et le procureur travaillent à temps entier, les cas où ils font de la recherche sont exceptionnels.

sans rémunération, quand il a un autre emploi. Il vient au tribunal pour des occupations pratiques et sa formation professionnelle. Le président de la cour de voivodie compétente choisit les stagiaires parmi les candidats qui se présentent, en s'appuyant sur les résultats de la procédure de qualification devant une commission qu'il nomme lui-même. La procédure comporte un concours et des entretiens avec les candidats. En qualifiant le candidat, on prend en considération les résultats du concours, les notes obtenues pendant ses études de droit et l'avis de l'école supérieure qu'il a achevée, ainsi que l'appréciation de son attitude sociale.

Le stage judiciaire permet de s'initier aux fonctions pratiques de juge et de secrétariat du tribunal et à compléter le savoir judiciaire. Les stagiaires suivent une formation professionnelle, rédigent les procès-verbaux d'audience, préparent les projets de motifs des jugements et accomplissent plusieurs fonctions techniques et administratives au secrétariat du tribunal. Chaque stagiaire a un patron choisi parmi les juges du tribunal où il effectue son stage. Le stage se termine par un examen professionnel.

Après s'être renseigné sur les candidats auprès des collèges des cours de voivodie, le ministre de la Justice nomme des assesseurs judiciaires ayant passé l'examen professionnel de juge ou de procureur. Il peut également confier à l'assesseur les fonctions de juge d'un tribunal local dans une mesure déterminée, y compris l'examen des affaires pénales, pour une période déterminée qui ne peut excéder deux ans. Dans la pratique, étant donné le manque récent de juges, on recourt largement à cette faculté. La majorité des assesseurs judiciaires est ensuite nommée juge des tribunaux locaux suivant la procédure indiquée ci-dessus. Les juges à la cour de voivodie sont, en principe, recrutés parmi les juges des tribunaux locaux, ce qui est réputé être un avancement et implique un traitement plus élevé. Les juges à la Cour Suprême sont désignés principalement parmi les juges aux cours de voivodie et aussi parmi les juges des tribunaux militaires, les procureurs et les personnes employées dans d'autres professions juridiques. Le Conseil de l'Etat nomme le Premier président et les présidents de la Cour Suprême parmi les juges de cette cour. Le ministre de la Justice nomme les présidents et vice-présidents des tribunaux de droit commun, après avoir pris l'avis du collège de la cour de voivodie compétente, sans être lié par cet avis. C'est le ministre de la Défense Nationale qui fait ces nominations dans les tribunaux militaires.

Le juge perd ses fonctions dans les cas suivants : révocation par le Conseil de l'Etat, destitution par le ministre de la Justice ou expulsion du service en vertu d'une sentence du conseil de discipline passée en force de chose jugée. Le conseil de l'Etat peut révoquer un juge sur

proposition du ministre de la Justice, soumise conjointement avec l'avis du collège de la cour de voivodie compétente, dès que le juge n'offre pas les garanties d'accomplissement normal de ses devoirs. Le ministre de la Justice destitue un juge lorsque le juge s'est démis de ses fonctions, ou lorsqu'il est atteint d'une incapacité permanente d'exercer sa profession pour cause de maladie ou d'infirmité (ce qui doit être constaté par une commission médicale), ou lorsqu'il a atteint l'âge de la retraite (que le ministre peut toutefois prolonger jusqu'à 70 ans), ou encore lorsqu'il a contracté mariage avec une personne qui continue à exercer la profession d'avocat. D'autre part, on peut destituer un juge qui, pour cause de maladie, n'a pas exercé ses fonctions pendant plus d'un an sans discontinuité. Le ministre de la Défense Nationale possède des pouvoirs analogues en ce qui concerne la révocation et destitution des juges militaires.

Il est certain qu'un recrutement judicieux des juges présente un haut intérêt pour le niveau des jugements des tribunaux criminels. Le système de nomination adopté en Pologne, avec des éléments de concours pour les candidats au stage, est critiqué à juste titre par la doctrine. On fait remarquer que les résultats des études jouent un rôle insuffisant dans le recrutement et que les organes d'autogestion des juges ont trop peu d'influence sur les décisions prises en ces matières. On dénonce aussi les trop vastes possibilités de révocation des juges, ce qui risque d'affaiblir chez eux le sentiment de stabilité de leur profession et donc d'avoir ainsi une influence négative sur leur indépendance juridictionnelle. On critique également le manque de stabilité des fonctions de juge à la Cour Suprême. En revanche, on ne propose pas d'adopter le système d'élection des juges qui, dans les conditions polonaises, risquerait d'affaiblir leur sentiment d'indépendance.

2.2 - Selon la règle en vigueur, les tribunaux du premier degré statuent avec la participation des assesseurs, soit un juge et de deux assesseurs. Dans le cas de crimes passibles de la peine de mort, le tribunal est composé de deux juges et de trois assesseurs. Dans les tribunaux du second degré, seuls statuent les juges professionnels. Des dérogations sont prévues à cette règle. Ainsi, les affaires instruites suivant la procédure accélérée ou la procédure par injonctions, de même que la majorité des affaires instruites suivant la procédure simplifiée (sommaire) sont examinées par un seul juge. D'autre part, le président de la Cour de voivodie ou du tribunal local peut déléguer l'examen de toute affaire pénale à trois juges professionnels, s'il le juge utile en raison de la complexité particulière du cas. Dans la pratique, on recourt plus d'une fois à cette faculté. En somme, environ 75% des affaires sont instruites dans les juridictions du premier degré avec la participation d'assesseurs.

Les assesseurs prennent part à la fonction juridictionnelle intégra-

lement, en statuant avec le juge aussi bien sur la culpabilité que sur la qualification légale de l'acte et sur la peine. Ils décident aussi conjointement de toutes les questions procédurales au cours de l'audience, de l'admissibilité des preuves, de l'ajournement de l'audience, de la limitation de sa publicité, etc... Ils ont les mêmes droits que le juge professionnel dans la prise de décisions judiciaires. La seule différence consiste en ce que seul le juge peut présider l'audience et prendre en cette qualité des mesures concernant la discipline de celle-ci. Cependant, toute ordonnance du juge peut faire l'objet de recours devant le corps statuant en entier, lequel peut lever cette ordonnance à la majorité des voix.

Les assesseurs sont élus par les conseils du peuple parmi les candidats présentés par les organisations politiques, les syndicats, d'autres organisations sociales du peuple travailleur et les organes d'autogestion dans les villes et à la campagne. Ils sont élus pour une période de quatre ans et sont rééligibles pour un nouveau mandat. Ils participent à l'instruction des affaires pénales en moyenne une fois par mois. Peut être assesseur toute personne ayant la nationalité polonaise et jouissant de la plénitude de ses droits civiques, offrant les garanties de pouvoir exercer dûment ses fonctions, ayant atteint l'âge de vingt-six ans révolus et étant employée ou résidant au lieu de la candidature depuis au moins un an. Ne peuvent être assesseurs : les personnes employées dans les tribunaux, au ministère public, dans les bureaux de notariat, les fonctionnaires de la Milice civique et des services pénitentiaires, les avocats et les ecclésiastiques. Les soldats en service actif peuvent être assesseurs mais seulement aurpès des tribunaux militaires.

La participation des assesseurs à la justice pénale est considérée comme une caractéristique indispensable et durable de l'administration de la justice dans les Etats socialistes (4). La doctrine avance des propositions d'élimination ou de limitation sensible de la faculté d'instruire des affaires pénales par les juridictions du premier degré sans leur participation. On critique également les possibilités de modifier les jugements rendus avec la participation des assesseurs par les tribunaux du second degré, qui peuvent même, s'agissant des cours de voivodie,

(4) Cf notamment R. RYBICKI : Lawnicy ludowi w sadach PRL (Les assesseurs populaires dans les tribunaux de la R.P.P.), Varsovie 1968 ; du même auteur : Funkcje lawników ludowych w socjalistycsnym wymiarze sprawiedliwosci (Les fonctions des assesseurs populaires dans l'administration socialiste de la justice), Studia Nauk Politycznych n°1/1968 ; S. ZAWADZKI, L. KUBICKI et autres : Udzial lawników w postepowaniu karnym (La participation des assesseurs à la procédure pénale), Varsovie 1970 ; A. TURSKA : Czynnik spoleczny i zawodowy w wymiarse sprawiedliwosci (L'élément populaire et l'élément professionnel dans l'administration de la justice), Varsovie 1971.

condamner un accusé précédemment acquitté. La Pologne ne connaît pas de tendances visant à éliminer les assesseurs de la justice pénale mais, dernièrement, leur participation a subi une certaine restriction avec une extension temporaire de la procédure accélérée. En revanche, on indique la nécessité d'améliorer le système de recrutement des assesseurs, parmi lesquels on compte toujours trop de personnes passives ayant tendance à se fier de manière exagérée à l'opinion des juges professionnels.

2.3 - Les affaires pénales sont jugées par les tribunaux de droit commun et par les tribunaux militaires (juridictions spéciales), ainsi que par la Cour Suprême. Les tribunaux de droit commun connaissent des infractions ne relevant pas de la compétence des tribunaux militaires. Ces derniers connaissent des infractions commises par les militaires en service actif, par les civils employés dans les unités militaires lorsque l'acte est en relation avec leur travail, les auteurs d'infractions définies dans les articles 122 à 133 du Code pénal (infractions dirigées contre les intérêts politiques essentiels de l'Etat), les instigateurs et les complices des infractions commises par des militaires.

Les contraventions, passibles d'une peine d'arrêt de trois mois au plus, d'une restriction de liberté pouvant aller jusqu'à trois mois, d'une amende d'un montant maximum de 50.000 zlotys ou d'un blâme, sont examinées par des organes non judiciaires, fonctionnant auprès des organes locaux de l'administration de l'Etat, appelés collèges connaissant des contraventions. Ils fonctionnent suivant une procédure spéciale. Cependant, dans les cas où le collège prononce la peine de privation ou de restriction de liberté, les parties ont le droit de demander que l'affaire suive la voie judiciaire. Dans ce cas, l'affaire est réexaminée par le tribunal local compétent suivant le Code de procédure pénale, qui n'est aucunement lié par la décision antérieure de condamnation.

Le système en vigueur en Pologne est celui des deux degrés de juridiction. Dans la catégorie des tribunaux de droit commun, on trouve en première instance les tribunaux locaux et les cours de voivodie qui connaissent des infractions graves, dont principalement les crimes (actes passibles d'une peine minimum de trois ans de privation de liberté). Les recours contre les jugements des tribunaux locaux sont examinés par les cours de voivodie et les recours contre les décisions de ces dernières, par la Cour Suprême. Il en va de même auprès des tribunaux militaires où fonctionnent des tribunaux de garnison, auprès des tribunaux de district et devant la Chambre militaire de la Cour Suprême. Le Code de procédure pénale régit la procédure devant les tribunaux de droit commun et devant les tribunaux militaires. Certaines particularités de procédure devant les organes militaires de la justice figurent dans la dernière partie du Code (art. 563 à 592). Les plus importantes de ces parti-

cularités sont les suivantes : parmi les assesseurs, il ne peut y avoir de soldats ayant un grade inférieur à celui de l'accusé ; les militaires qui ne sont pas des officiers ne peuvent assister à l'audience où l'accusé est un officier ; la présence de civils à l'audience peut être limitée, si un secret d'Etat ou un secret concernant le service militaire l'exige ; le nombre des avocats autorisés à assurer la défense devant les tribunaux militaires est restreint ; chaque jugement doit être motivé par écrit (le tribunal de droit commun statuant en première instance ne rédige de motifs écrits qu'à la demande des parties).

2.4 - La Cour Suprême assume le contrôle juridictionnel des jugements de tous les tribunaux. Elle le fait avant tout en connaissant des recours contre les jugements des cours de voivodie et contre ceux des tribunaux militaires de district rendus en première instance. La Cour Suprême peut contrôler le jugement attaqué tant du point de vue du respect des dispositions de droit matériel ou procédural que sous l'angle de la régularité de la constatation des faits. Elle possède également un vaste pouvoir lui permettant d'aller au-delà du pourvoi en révision, ce qu'elle fera lorsqu'elle aura constaté que la justice exige la modification du jugement au profit de l'accusé, ou qu'il faut infirmer le jugement en raison de violations choquantes de dispositions légales (composition irrégulière du tribunal, prononciation d'une peine non prévue par la loi, absence d'un avocat alors que sa présence était obligatoire, etc...). La Cour Suprême peut compléter les preuves en faisant appel à des experts ou en utilisant de nouveaux documents. Si les preuves réunies permettent de juger au fond, elle peut modifier le jugement attaqué. Dans les cas où le pourvoi est admis, la Cour infirme le jugement et renvoie l'affaire pour nouvel examen au tribunal de première instance. La Cour ne peut condamner une personne acquittée ou ayant fait l'objet d'un non-lieu. Si elle constate qu'une décision du genre n'est pas fondée, elle renvoie l'affaire à l'instance inférieure pour nouvel examen.

Ce système présente un certain défaut, à savoir que le contrôle de la Cour Suprême ne s'étend pas aux jugements des tribunaux locaux et des tribunaux de garnison, lesquels sont les plus nombreux. Cependant, ces jugements peuvent être contrôlés à la suite d'un pourvoi en révision extraordinaire, ce qui permet dans une certaine mesure de pallier ce défaut. Le pourvoi en révision extraordinaire peut être formé contre tout jugement passé en force de chose jugée ou contre toute décision clôturant une instance. Il peut être formé par le ministre de la Justice, par le Procureur Général ou par le premier président de la Cour Suprême, les parties pouvant demander aux deux premiers de le faire. En connaissant d'un pourvoi en révision extraordinaire, la Cour peut contrôler la décision dans les mêmes limites que lors de l'examen d'un recours contre un jugement qui n'est pas passé en force de chose jugée.

La Cour ne peut faire droit à un pourvoi en révision extraordinaire au détriment de l'accusé seulement si le pourvoi a été formé dans les six mois après que le jugement soit passé en force de chose jugée. Dans la pratique, le pourvoi est formé plus souvent au détriment qu'au profit de l'accusé.

Enfin, le troisième moyen de contrôle par la Cour Suprême des décisions judiciaires est la reprise de la procédure pénale clôturée par un jugement passé en force de chose jugée ou par une décision mettant fin à l'instance. Ce moyen ne concerne toutefois que les décisions des tribunaux militaires, car ce sont les cours de voivodie qui décident de la reprise d'une procédure clôturée par une décision d'un tribunal de droit commun (tribunal local ou cour de voivodie).

La Cour Suprême exerce aussi une influence sur la jurisprudence des tribunaux criminels par l'intermédiaire de différentes formes d'interprétation du droit. Cette interprétation lie les tribunaux dans certaines affaires pénales particulières ou a, parfois, force obligatoire générale. Les tribunaux de révision sont liés, dans des affaires concrètes, par les réponses de la Cour Suprême aux questions concernant l'interprétation essentielle de la loi. Tous les tribunaux sont liés par les résolutions de la Cour Suprême prises par la chambre statuant au complet, par toutes les chambres réunies ou par tous les juges de la Cour, lorsque ces résolutions contiennent des directives en matière d'interprétation du droit et de la pratique judiciaire.

2.5 - Le principal organe accusateur est le ministère public (la "Procourature"), ayant à sa tête le Procureur Général de la R.P.P. qui est nommé par le Conseil de l'Etat. Dans certaines affaires de moindre importance, instruites en procédure simplifiée, les fonctions d'accusateur public peuvent être également exercées par les organes compétents de l'administration de l'Etat, s'il s'agit d'infractions concernant leur sphère d'activité, par exemple les organes de l'Inspection commerciale d'Etat, de l'Inspection Sanitaire d'Etat, des Directions Régionales des Forêts d'Etat, etc...

Le Procureur Général est flanqué de substituts, dont le Procureur Principal militaire. L'organisation du ministère public est centralisée et fondée sur la subordination hiérarchique. Le Procureur Général est le supérieur de tous les procureurs et chaque procureur est subordonné à son chef hiérarchique. L'organisation connaît trois degrés hiérarchiques : le parquet local, le parquet de voivodie et le Parquet Général. Le procureur de l'échelon supérieur est non seulement le chef hiérarchique des procureurs de l'échelon inférieur, mais une instance de recours contre les décisions et les ordonnances du parquet inférieur. Cependant, la répartition des fonctions des procureurs de l'échelon inférieur n'est pas - sauf quelques exceptions - rigide, car tout le ministère public est un et

indivisible. Il est donc possible, par exemple, qu'un procureur local introduise et soutienne l'accusation non seulement devant le tribunal local, mais aussi devant la cour de voivodie.

Les procureurs sont subordonnés uniquement à leurs supérieurs hiérarchiques ; ils sont indépendants de tous les organes locaux de l'Etat. Le Procureur Général est subordonné au conseil de l'Etat qui le nomme, le révoque et procède périodiquement à une appréciation des activités du ministère public ; il est indépendant du gouvernement.

Le procureur est partie à toute la procédure pénale, bien qu'il agisse en différentes qualités suivant le stade de la procédure. Dans la procédure préparatoire, c'est lui qui conduit l'instruction ou qui la confie aux organes de la Milice dont il surveille les activités. Il exerce la surveillance sur les enquêtes menées par les différents organes de poursuites et s'assure du respect de la loi. A ce stade du procès, il est également doté du droit d'user des moyens de contrainte, y compris la détention provisoire (5), ainsi que le droit de prononcer un non-lieu inconditionnel ou conditionnel de la procédure. Certaines de ses décisions en cette matière (comme l'application ou la prolongation de la détention provisoire, le placement du prévenu dans un établissement hospitalier pour un examen de son état mental, les obligations imposées en cas de non-lieu conditionnel) peuvent faire l'objet d'un recours par les personnes concernées devant le tribunal compétent.

Dans la procédure devant le tribunal, le procureur introduit et soutien l'accusation publique en tant que partie au procès. Cependant, il est tenu de faire preuve d'objectivité. C'est ainsi qu'il peut accomplir des actes au profit de l'accusé, en abandonnant, par exemple, l'accusation (ce qui, cependant, ne lie pas le tribunal) ou en formant recours au profit de l'accusé contre un jugement non passé en force de chose jugée, ou encore en contestant un jugement passé en force de chose jugée. Il peut aussi introduire et soutenir l'action civile au profit de la partie lésée, s'il y voit un intérêt social.

Le procureur est tenu de respecter le principe de la légalité. Il doit réagir à chaque infraction poursuivie sur accusation publique, c'est-à-dire mettre en mouvement la procédure pénale et soutenir l'accusation contre l'auteur de l'acte ou bien prononcer le non-lieu conditionnel de la procédure pénale. Cependant, la réaction à l'infraction ne doit pas nécessairement conduire à punir son auteur, mais elle peut consister à appliquer des mesures éducatives déterminées (en cas de non-lieu conditionnel ou de sursis à l'exécution de la peine). Le fonctionnement de ce principe est lié à la définition de l'infraction, adoptée par le droit pénal.

(5) C'est cette prérogative du procureur qui suscite le plus de réserves de la part de la doctrine.

Conformément à cette définition, n'est pas une infraction l'acte qui, tout en portant atteinte aux dispositions du droit pénal, ne présente pas un danger social ou ne présente un tel danger que dans une mesure insignifiante. L'appréciation de l'importance du danger social de l'acte appartient au procureur qui, dès qu'il constate l'absence de danger ou un danger d'importance insignifiante, refuse de poursuivre ou prononce un non-lieu au cours de la procédure préparatoire. Dans ce contexte, on voit apparaître le risque de décisions arbitraires, bien que, théoriquement, une décision doive reposer uniquement sur des critères objectifs et légaux. Le procureur dispose d'une liberté considérable en ce qui concerne la poursuite des infractions poursuivies sur accusation privée. Dans des cas de ce genre, il ne mettra en mouvement l'action que s'il est d'avis que l'intérêt social l'exige, une telle exigence relevant uniquement de sa libre appréciation.

2.6 - Dans la procédure pénale polonaise, la mise en accusation n'existe pas sous une forme développée. C'est le procureur qui décide, la plupart du temps, de la mise en accusation en adressant au tribunal un acte d'accusation. Après l'avoir reçu, le président du tribunal inscrit généralement l'affaire à l'audience, sans rendre de décision spéciale de mise en accusation. L'affaire ne fait l'objet d'une séance préliminaire du tribunal que dans des cas particuliers, c'est-à-dire : lorsqu'il y a lieu de prononcer un non-lieu (au vu des conditions négatives d'un procès pénal ou en cas de défaut évident de fondement de l'accusation) ou un non-lieu conditionnel ; lorsque le tribunal est incompétent ou le mode de procédure inadéquat ; lorsqu'il y a lieu de renvoyer l'affaire pour compléter la procédure préparatoire, au cas où celle-ci présente des défauts graves ; lorsqu'il est nécessaire d'ordonner une détention provisoire. En pratique, ces cas sont rares. Le tribunal se réunit alors en chambre du conseil et rend une décision incidente, en principe sans participation de l'accusé et de son défenseur (sauf en cas de non-lieu conditionnel). Le procureur, lui, peut prendre part à cette réunion. Dans les affaires sur accusation privée, il est nécessaire de faire précéder l'audience d'une séance de conciliation. Cette séance, qui se déroule à huis clos, tend à concilier la personne lésée avec l'accusé.

2.7 - La défense, dans le procès pénal, est l'un des éléments essentiels et nécessaires de l'administration de la justice. C'est le barreau qui est appelé à exercer les fonctions de la défense. Il est constitué par l'ensemble des avocats et des stagiaires constituant un corps qui se gère lui-même. Ce corps est dirigé par le Conseil général de la profession d'avocat, ayant à sa tête un président. Les avocats qui résident dans une voivodie constituent une chambre d'avocats dirigée par un conseil présidé par son doyen. Tous ces organes sont élus. L'unité d'organisation de base

est le groupement d'avocats dans lequel les avocats exercent leur profession suivant les règles proches du fonctionnement des coopératives de travail.

Aussi bien la Constitution que le Code de procédure pénale garantissent à chaque accusé le droit à la défense. Ce droit se transforme parfois en assistance obligatoire. Il en est ainsi lorsque l'accusé ne remplit pas les conditions nécessaires pour se défendre seul (il est sourd, muet, aveugle, mineur), lorsque sa culpabilité est douteuse ou lorsqu'il est accusé d'une infraction grave (la cause est instruite en première instance par une cour de voivodie). L'accusé peut bénéficier de l'assistance d'un avocat de son choix ou de l'avocat désigné d'office. Il y a défense d'office si celle-ci est obligatoire et que l'accusé n'a pas choisi d'avocat ou ne dispose pas de ressources matérielles suffisantes pour couvrir les frais de la défense.

Le défenseur peut être qualifié comme étant l'un des facteusr de l'administration de la justice qui, en aidant l'accusé à réaliser le droit qu'il a de se défendre, aide en même temps le tribunal à éviter de rendre un jugement erroné ou injuste pour l'accusé. Il possède, en général, de vastes possibilités pour remplir ses fonctions au cours de la procédure devant les tribunaux de première et de deuxième instance. Il peut communiquer avec l'accusé, consulter le dossier de l'affaire, participer à l'audience, recourir en faveur de l'accusé contre les décisions du tribunal de première instance, etc... Il bénéficie de certains privilèges liés à l'exercice de sa profession, comme l'immunité de parole (en cas de dépassement astucieux des limites imposées à la défense dans une affaire poursuivie sur accusation privée, il n'encourt qu'une responsabilité disciplinaire) ainsi que le respect du secret professionnel (il ne peut être entendu en qualité de témoin sur les faits couverts par le secret de la défense).

En revanche, l'assistance par un avocat subit de sérieuses restrictions au cours de la procédure préparatoire. Le défenseur ne peut communiquer avec l'accusé provisoirement détenu qu'avec le consentement du procureur, qui peut le refuser dans certains cas particuliers ou qui peut y consentir à condition que lui-même ou une personne déléguée par lui assiste à l'entretien. Le consentement de celui qui conduit la procédure préparatoire est également nécessaire à la consultation du dossier par l'avocat, tandis que la présence de l'avocat à la majorité des enquêtes et des actes d'instruction exige le consentement du procureur (sauf si les preuves ne sont administrées qu'une seule fois et en cas d'auditions d'experts, actes de procédure auxquels l'avocat doit en principe toujours assister). Toutes ces restrictions cessent de jouer durant la phase finale de la procédure préparatoire au cours de laquelle le prévenu est informé de toutes les charges réunies contre lui.

2.8 - En Pologne, la police judiciaire n'existe pas. L'enquête et les actes d'instruction décidés par le procureur sont effectués par les organes spécialisés de la Milice civique, par les services de sécurité et, s'agissant des affaires relevant de la compétence des tribunaux militaires, par le Service militaire intérieur. Ces organes fonctionnent sous la surveillance du procureur. Par ailleurs, la Milice est tenue d'exécuter toutes les ordonnances et les mandats du tribunal ou du procureur liés à la procédure pénale en cours, comme, par exemple : amener les personnes qui se dérobent à se présenter sur convocation ; procéder à des perquisitions ; exécuter les décisions ordonnant la détention provisoire ou le relâchement des personnes arrêtées, etc...

2.9 - Conformément à l'article 12-§1 de la loi sur l'organisation des tribunaux de droit commun, le ministre de la Justice exerce la haute surveillance sur les tribunaux de droit commun. Il soumet périodiquement au Conseil de l'Etat des informations sur l'activité des tribunaux. Chacun s'accorde à souligner que, dans le cadre de ses fonctions de surveillance, le ministre de la Justice ne peut troubler l'indépendance dont les juges et les assesseurs sont dotés dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles. Par contre, cette surveillance peut concerner l'activité administrative des tribunaux considérés comme des organismes d'Etat, l'efficacité de la justice, etc... Le ministre de la Justice peut exercer une influence sur la jurisprudence à l'aide des moyens juridiques dont il dispose comme le pourvoi en révision extraordinaire (formé devant la Cour Suprême contre des jugements passés en force de chose jugée) et les requêtes adressées à la Cour tendant à ce qu'elle rende des directives en matière d'interprétation du droit et de la pratique judiciaire. Conformément à la délégation des organes législatifs, il peut aussi rendre des règlements d'application de certaines dispositions légales concernant l'activité des organes judiciaires, lesquels constituent alors une source supplémentaire du droit.

Comme nous l'avons déjà signalé, le ministre de la Justice exerce une grande influence sur la politique relative au personnel et particulièrement en ce qui concerne les juges : nomination, révocation, avancement, rémunération, etc... Ces pouvoirs lui offrent de vastes possibilités d'exercer une influence sur les activités judiciaires dans leur ensemble et sur la politique criminelle développée dans notre pays.

3. Différenciation et spécialisation de la procédure pénale.

3.1 - Les tribunaux ne se spécialisent pas selon les différentes catégories d'affaires pénales. La seule division qui existe est celle qui conduit à séparer les affaires de grande importance (concernant les infractions graves dont connaissent les cours de voivodie), des affaires de moindre

importance (relevant de la compétence des tribunaux locaux). Par ailleurs, en fonction de la gravité et du genre des infractions dont connaissent les tribunaux locaux, on distingue les procédures ordinaire, simplifiée (sommaire) et par mandat pénal. La procédure accélérée est appliquée aux auteurs pris en flagrant délit d'infractions à caractère hooligan, aux auteurs de certaines infractions dirigées contre les biens, aux auteurs de spéculations illicites dirigées contre la sécurité générale ou l'ordre public et aux fabricants d'alcool illégal. Les personnes arrêtées sont traduites devant le tribunal qui doit les juger en principe dans les quarante-huit heures.

La spécialisation dans la poursuite des infractions commises par divers groupes criminels apparaît dans la pratique au niveau des organes de poursuite, dont la Milice, les Services de Sécurité et, dans une certaine mesure, le ministère public. Ces questions sont réglées par des règlements intérieurs et par les dispositions d'organisation de ces organes.

3.2 - Les remarques que contient le point précédent sont valables pour la procédure concernant la criminalité économique ou la criminalité d'affaires. Les infractions graves commises contre les biens sociaux sont instruites par les cours de voivodie. Eles représentent un pourcentage considérable de l'ensemble des affaires pénales jugées par ces cours. Le président de la cour désigne librement les corps constitués appelés à juger les différentes affaires. Voilà pourquoi on rencontre, dans la pratique, certains juges spécialisés en matière d'affaires économiques relevant de la répression fiscale (spéculations illicites, criminalité d'affaires). Par ailleurs, pour l'examen des affaires de cette catégorie, des assesseurs sont désignés parmi des spécialistes (comptables, économistes, techniciens). Cette pratique n'est toutefois pas juridiquement réglée ; elle n'est ni homogène, ni stabilisée. Ses adversaires estiment que la désignation des corps constitués devrait se faire par tirage au sort, pour écarter tout risque de manipulation (6).

3.3 - La petite délinquance (en principe les infractions passibles d'une peine de privation de liberté de deux ans maximum ou d'amende) est instruite suivant une procédure simplifiée (sommaire). L'enquête dans

(6) Cf M. CIESLAK, Z. DODA : Wezlowe zagadnienia procesu karnego (Les problèmes clés du procès pénal), Zeszyty Naukowe IBPS n°9/1978, p. 148 ; S. WALTOS : Model polskiego procesu karnego de lege ferenda (le modèle de lege ferenda du procès pénal polonais), Panstwo i Prawo n°3/1981, p. 31 ; A. KAFTAL : Podstawowe problemy nowelizacji kodeksu postepowania karnego (Problèmes fondamentaux de l'amendement du code de procédure pénale), Palestra n°6/1981, p. 45 ; E. SKRETOWICZ : Z zagadnien kolegialnego orzekania w sprawach karnych (Quelques problèmes de jugements rendus collégialement en matière pénale), Palestra n°5-6/1983, p. 101.

ces cas est abrégée, les conditions de forme étant restreintes, notamment en ce qui concerne certaines décisions écrites (présentation de griefs, clôture de l'enquête). Ces infractions peuvent être instruites - et le sont effectivement la plupart du temps - par un juge. Il n'est pas nécessaire que l'accusateur public participe à l'audience. Le jugement peut être rendu en l'absence de l'accusé, si celui-ci ne se présente pas.

D'autre part, dans les affaires instruites suivant la procédure simplifiée et dans celles où les circonstances de la commission de l'infraction et la culpabilité de l'auteur ne suscitent pas de doute, le tribunal peut infliger une peine de restriction de liberté ou une amende, par un mandat pénal. Ce dernier est rendu par le juge qui statue seul, sans que l'accusé et son défenseur soient présents. L'accusé peut former opposition au mandat pénal, ce qui entraîne le réexamen nécessaire de son cas au cours d'une audience. La procédure par mandat pénal a été introduite par une loi de 1985 sur la responsabilité pénale particulière, pour une période de trois ans et il n'est pas certain qu'elle puisse être incorporée à titre permanent au système de procdure pénale polonais.

3.4 - Les infractions à caractère international et transnational sont instruites, en principe, suivant les règles de procédure pénale généralement en vigueur et sont portées devant les tribunaux de droit commun. La procédure a été modifiée uniquement pour tenir compte des cas réglés par les dispositions sur l'extradition et sur la reprise de la procédure pénale ouverte par les organes de poursuite étrangers. En matière d'extradition, c'est le Procureur Général qui décide, après avoir pris connaissance de l'avis de la cour de voivodie compétente et des documents annexés. Les ressortissants polonais et les personnes bénéficiant du droit d'asile ne peuvent être extradés. Les délits de *ius gentium* peuvent toujours être jugés par les tribunaux polonais, indépendamment du lieu de leur commission. La Pologne a passé des conventions internationales avec la majorité des pays socialistes et aussi avec quelques pays occidentaux (par exemple avec l'Autriche) relativement à la reprise de la procédure pénale ouverte à l'étranger pour la terminer en Pologne. Par ailleurs, la Pologne est partie à la Convention de Berlin, établie de 1977 entre les pays socialistes et concernant l'exécution des jugements étrangers de condamnation dans le pays du condamné.

4. Les tendances réformatrices.

4.1 - Les principaux voeux de la doctrine concernant la réforme de l'organisation de la justice et de ses liens avec la procédure pénale se rapportent à la position et à la compétence des organes judiciaires dans le procès pénal, à la garantie du droit de l'accusé à la défense ainsi qu'à celle des droits de la personne lésée à tous les stades du procès pénal et

aux différents modes de procédure.

Les voeux concernant la position des tribunaux se concentrent principalement sur la nécessité de développer les garanties de l'indépendance du juge. Ces garanties doivent assurer une plus grande indépendance matérielle du juge, dont la rémunération est trop faible. Il importe encore de réformer tout le système de décisions personnelles concernant les juges. Nous avons signalé, plus haut, que ce système exige la limitation de la possibilité de révoquer le juge, la limitation de la compétence du ministre de la Justice - quant aux décisions du Conseil de l'Etat concernant la nomination et la révocation des juges - en faveur d'une influence plus grande de l'autogestion des juges. On indique aussi, à juste titre, que doivent être nommés juges les personnes ayant travaillé longtemps dans d'autres professions juridiques, car l'exercice de cette profession exige une plus grande expérience juridique et pratique que ne peut acquérir un juge de vingt-six ans qui vient d'achever ses études. On souligne surtout la nécessité de stabiliser pleinement la position du juge à la Cour Suprême, par l'abandon du système du mandat quinquennal (7).

Il existe aussi des opinions plus radicales, selon lesquelles l'organisation judiciaire devrait être soustraite à la surveillance du ministère de la Justice et être soumise uniquement à celle du Conseil de l'Etat et de la Cour Suprême. Le ministère public devrait être subordonné au ministre de la Justice et, par son intermédiaire, le gouvernement pourrait exercer une influence sur la politique pénale du pays (8).

Parmi les garanties judiciaires de l'indépendance du juge, on souligne à juste titre la nécessité de respecter strictement l'exercice collégial de la fonction juridictionnelle (9) avec participation des assesseurs (10) et

---

(7) Cf Z. WASILKOWSKA : O potrzebie i kierunkach zmian przepisów o Sadzie Najwyzszym (De la nécessité et des orientations des modifications des dispostions sur la Cour Suprême), Nowe Prawo n°4/1981, p. 58-59 ; A. KAFTAL, op. cit., Palestra n°6/1981, p. 48-49 ; L. GARLICKI, Z. RESICH, M. RYBICKI, S. WLODYKA : Sad Najwyzszy w PRL (La Cour Suprême en R.P.P.), Wyd. PAN 1983, p. 57-59.

(8) Cf A. MURZYNOWSKI : Uwagi na tomat zasad organizacji i funkcjonowania sadów oraz Prokuratury PRL (Remarques sur les principes d'organisation et de fonctionnement des tribunaux et du ministère public en R.P.P.), Studia Prawnicze n°3/1974, p. 49-53 ; M. RYBICKI : Prokurature : fasada i rzeczywistosc (Le ministère public : la façade et la réalité), Kultura du 3 mai 1981 et, du même auteur : Jaka ustawa o prokuraturze (Quelle loi sur le ministère public), Prawo i Zycie n°26/1985, p. 7.

(9) Cf M. CIESLAK : Polska procedura karna (La procédure pénale polonaise), Varsovie 1973, p. 255-257 ; S. WALTOS : Postepowanie szczególne w procesie karnym (La procédure spéciale dans le procès pénal), Varsovie 1973, p. 136-137 ; E. Skretowicz, op. cit., p. 94-97.

le recrutement par tirage au sort des corps constitués dans les affaires pénales particulières.

4.2 - On exprime ensuite le voeu que soit garanti à l'accusé et à la personne lésée le droit de défendre leurs intérêts devant le tribunal. Ce but peut être atteint en donnant aux parties - et notamment à l'accusé - le droit de recourir contre tout jugement de condamnation (11). D'autre part, on propose que les parties puissent attaquer, devant le tribunal, les ordonnances du procureur prononçant le non-lieu inconditionnel ou conditionnel de la procédure préparatoire (12). Non seulement la victime, mais aussi le prévenu peuvent être intéressés à attaquer ces ordonnances, lorsque le non-lieu de la procédure est en relation avec l'inculpation (par exemple en cas de non-lieu conditionnel, de non-lieu suite à une amnistie, ou en raison du danger insignifiant que dénote l'acte sur le plan social).

4.3 - Depuis longtemps, des opinions s'expriment en faveur de la nécessité d'élargir les attributions des organes judiciaires dans la procédure préparatoire. Selon les propositions les plus avancées, il faudrait instituer un juge d'instruction qui serait chargé de conduire l'instruction dans les affaires pénales les plus graves, de prendre les décisions les plus importantes et de procéder à certains actes probatoires au cours de la procédure préparatoire (13). D'autres auteurs proposent qu'à ce stade de la procédure certains actes et décisions soient placés sous la compétence des juges statuant dans les tribunaux locaux et les cours de voivodie

(10) Cf par exemple A. KAFTAL : Model rozprawy głównej w prawie ploskim de lege lata i ferenda (Le modèle d'audience principale en droit polonais de lege lata et de lege ferenda), Wyd. Uniw. War. Studia Juridica n°13/1985, p. 32-33.

(11) Cf S. WLODYKA : Organizacja wymiaru sprawiedliwosci w PRL (L'organisation de l'administration de la justice en R.P.P.), Varsovie 1963, p. 78-79 ; J. SKUPINSKI : Model polskiego prawa o wykroczeniach (le modèle du droit polonais des contraventions), Wyd. PAN 1977, p. 334-335 ; Z. GOSTYNSKI : Postepowanie sadowe co do orzeczen w sprawach o wykroczeniu (La procédure judiciare concernant les sentences dans les cas de contraventions), Varsovie 1976, p. 44-45.

(12) Cf S. WALTOS : Model postepowania przygotowawczego na tle prawnoporównawczym (Le modèle de procédure préparatoire en droit comparé), Varsovie 1968, p. 348 et suiv. ; A. GABERLE : Umorzenie postopowania przygotowawozego w polskim procesie karnym (Le non-lieu de la procédure préparatoire en droit pénal), Varsovie 1972, p. 199-203.

(13) Cf S. SLIWINSKI : Zasadnicze problemy nowej kodyfikacji prawa karnego procesowego (Les grands problèmes d'une nouvelle codification du droit pénal processuel), Nowe Praxo n°3/1957, p. 5-6 ; S. WALTOS : Model polskiego procesu karnego..., p. 31 et 34-35.

compétents (14). Les auteurs de la présente étude partagent un troisième courant d'opinion qui se prononce pour l'institution d'un juge chargé de la procédure préparatoire et qui, sans jamais conduire l'instruction jusqu'au bout, accomplirait certains actes juridictionnels et probatoires. Il serait compétent pour prendre des décisions sur l'application de moyens de contrainte (notamment la détention provisoire) pour examiner les réclamations visant les ordonnances les plus importantes du procureur (par exemple celles qui prononcent un non-lieu au cours de la procédure préparatoire, le refus de poursuivre, le refus de laisser le prévenu communiquer avec son défenseur), pour accomplir, à la requête des parties, les actes probatoires dont les résultats doivent avoir la force judiciaire probatoire et pour rendre les décisions tendant à saisir le tribunal. Ce juge devrait se prononcer lors de séances contradictoires, c'est-à-dire en présence des parties.

4.4 - De nombreux représentants de la doctrine proposent d'élargir la participation (actuellement modeste) des défenseurs à la procédure préparatoire. Il faudrait, à cet effet, modifier les dispositions du Code de procédure pénale de façon à permettre au défenseur d'assister à l'interrogatoire du prévenu, de communiquer avec celui-ci (dans certains cas, en présence du procureur) et de consulter le dossier pendant toute la procédure préparatoire. C'est dans ce sens que vont les propositions législatives de plusieurs auteurs (15).

Le droit de la défense est également mis en avant par ceux qui souhaitent limiter sensiblement la faculté du tribunal de recours de modifier, au détriment de l'accusé, le jugement rendu en première instance. En particulier, on indique la nécessité qu'il y a d'exclure l'hypothèse de la condamnation par la cour de voivodie, statuant en deuxième instance, de l'accusé précédemment acquitté, ou celle de la condamnation à mort par la Cour Suprême statuant en deuxième instance (16). S'il constate la nécessité de rendre un tel jugement, le tribunal de recours doit toujours renvoyer l'affaire pour nouvel examen au tribunal de première instance, de manière à ne pas priver l'accusé de la faculté de recourir contre une décision si défavorable.

---

(14) Cf Le projet de modification du code de procédure pénale, Ministère de la Justice, Varsovie, septembre 1981 (en polonais).

(15) Cf par exemple S. WALTOS : Model postepowania przygotowawczego..., p. 269-293. Du même auteur : Model polskiego precesu karnego..., p. 34-35 ; A. KAFTAL : Podstawowe problemy nowelizacji..., p. 54-57.

(16) Cf notamment A. KAFTAL : System srodków odwolawczych w polskim procesie karnym (Le système des moyens de recours en droit pénal polonais), Varsovie 1972, p. 146-157.

4.5 - On discute aussi beaucoup des modalités d'aménagement et d'utilisation des différents modes de procédure, comme les procédures simplifiées, accélérées ou par mandat pénal. Ces modes, qui exigent moins de travail et sont plus pratiques, sont mis en exergue par plusieurs praticiens, notamment au ministère de la Justice, à l'Office du Procureur Général et au ministère de l'Intérieur. Cependant, la doctrine dominante manifeste une attitude critique à l'égard de ces modes (17). La plupart des auteurs, dont font partie ceux de la présente étude, ne nie pas la possibilité d'appliquer des procédures plus simples et plus rapides dans les affaires de moindre importance, mais dans une mesure plus restreinte qu'à présent et sous des formes qui correspondent aux principes fondamentaux du procès pénal (18). Tant dans la procédure simplifiée que dans la procédure accélérée, les tribunaux doivent statuer collégialement avec les assesseurs, alors que l'accusé doit connaître avant l'audience les griefs qui lui sont adressés et disposer de quelques jours au moins pour préparer sa défense et choisir son avocat. On peut également utiliser, dans une certaine mesure, la procédure par mandat, mais à condition que cette procédure ne serve qu'à prononcer une amende peu élevée, que le mandat soit rendu par le juge au cours d'une séance à laquelle prendront part l'accusé et son défenseur et que si l'accusé forme seul opposition il soit protégé par l'interdiction de la reformatio in peius.

4.6 - Les propositions législatives exposées ci-dessus de façon très raccourcie sont discutées dans les milieux juridiques, notamment scientifiques et dans les revues juridiques. Cependant, il n'y a pas, en ce moment, de projets suffisamment développés pour leur mise en oeuvre. Les projets de réforme du Code de procédure pénale formulés en 1981 renfermaient nombre de ces propositions (19), mais le ministère de la Justice considère ces projets comme inactuels. Les milieux scientifiques proposent que, dans les années à venir, les travaux de réforme de la procédure criminelle reprennent dans l'esprit des idées et des solutions exprimées dans les projets de 1981.

---

(17) Cela concerne notamment la procédure accélérée, Cf. A. GABERLE : Postepowanie przyspieszone w polskim procesie karnym (La procédure accélérée dans le procès pénal polonais), Varsovie - Cracovie 1975, p. 187-191.

(18) Cf notamment W. DASZKIEWICZ : Postepowanie przyspieszone w sprawach o przestepstwach (La procédure accélérée dans les affaires concernant les infractions), Panstwo i Prawo n°8/1984, p. 41-48.

(19) Ministère de la Justice, Projet de modification..., Centre d'initiatives législatives civiques : Wstepny spoleczny projekt nowelizacji ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 - kodeks postepowania karnego - Wariant II (Projet préliminaire d'amendement de la loi du 19 avril 1969 - Code de procédure pénale - Variante II), Cracovie 1981.

4.7 - Un problème particulier est celui de la simplification et d'une unification plus poussée de la structure de l'organisation des juridictions et du ministère public. Nous avons maintenant en Pologne trop de cours de voivodie connaissant des recours contre les jugements des tribunaux locaux, ce qui ne favorise pas l'unité de la jurisprudence. D'autre part, l'organisation des tribunaux de droit commun et celle du ministère public ne sont pas synchronisées. On compte 44 cours de voivodie et 49 parquets de voivodie, 271 tribunaux locaux et 301 parquets locaux. Leur ressort territorial est également très diversifié, ce qui entraîne de fortes disproportions entre le nombre des tribunaux et de parquets dans les différentes voivodies (entre un et vingt).

LES RAPPORTS ENTRE L'ORGANISATION JUDICIAIRE ET LA PROCEDURE PENALE AU PORTUGAL

J. N. DA CUNHA RODRIGUEZ *

1. L'infrastructure de la justice pénale

1.1 - Justice pénale et budget de l'Etat

Au Portugal, le budget attribué à l'administration de la justice est de 30.595.163 escudos, ce qui correspond à un pourcentage de 1,25.

Le débat sur l'adéquation du budget attribué aux besoins de l'administration de la justice a été marqué par une relative absence d'information sur les valeurs réelles. A vrai dire, les dépenses de l'administration de la justice sont supportées, d'une part, par le budget de l'Etat et, d'autre part, par des fonds autonomes. Ces fonds ont été destinés, pendant longtemps, à des dépenses d'investissement, notamment en matière d'installation et d'équipements, mais l'insuffisance progressive des dotations consignées dans le budget de l'Etat a récemment conduit à leur utilisation, dans une large mesure, à la satisfaction de dépenses courantes. Les difficultés produites par cette modification de critères, malgré l'inexistence d'un modèle de gestion financière cohérent, ont provoqué des situations délicates et ont attiré l'attention sur l'insuffisance du budget de l'Etat, en particulier dans le domaine de la justice pénale.

Le budget relatif à 1987 a déjà reflété le débat qui s'est déroulé autour de cette question et il est sensiblement amélioré par rapport aux précédents. Le sentiment général, soit au niveau politique, soit au niveau judiciaire, est qu'il s'impose d'entreprendre un effort budgétaire supplémentaire rendant possible la récupération du réseau judiciaire et permettant le renforcement des dotations de personnel. Des études en cours sur la gestion financière du ministère de la Justice semblent

(*) Procureur Général de la République, Lisbonne (Portugal).

s'orienter dans le sens d'une unité tendancielle de critères budgétaires, les fonds autonomes fonctionnant en des termes de consignation de recettes.

1.2 - **Les investissements relatifs aux infrastructures mises à la disposition de la justice pénale**

Le ministère de la Justice organise et contrôle le fonctionnement des moyens mis au service de la justice pénale. Les attributions sont réparties entre plusieurs départements de façon pas toujours cohérente qui, parfois, bureaucratise les procédés. En matière d'installations et d'équipements, le contrôle échoit au Secrétariat Général du ministère. L'affectation du personnel incombe à la Direction Générale des Services Judiciaires. Le Bureau d'Etudes et de Planification intervient dans l'élaboration statistique et dans l'analyse des plans d'investissement. Le Bureau de Gestion Financière est chargé de la gestion des fonds autonomes. La Direction Générale des Services d'Informatique opère dans le domaine de l'informatique.

En dehors de ce circuit, il reste la gestion des carrières de magistrats (du siège et du parquet) qui incombe à des organes propres - le Conseil Supérieur de la Magistrature et l'Office du Procureur Général de la République. Il faut toutefois souligner qu'il échoit également à ces organes d'exercer l'action disciplinaire sur les fonctionnaires de justice et qu'il incombe à l'Office du Procureur Général de la République de contrôler toutes les polices criminelles.

2. Les autorités et leurs rôles

2.1 - **La nomination des magistrats professionnels**

Les magistrats du siège et du parquet sont nommés après avoir suivi un cycle d'enseignement au Centre d'Etudes Judiciaires. Ce cycle comprend trois phases : une phase théorico-pratique, une phase de stage et une autre de formation complémentaire. La formation initiale a une durée de vingt-six mois.

Pour la Cour Suprême de Justice et pour le Conseil Consultatif de l'Office du Procureur Général de la République, la loi prévoit la nomination de juristes au mérite reconnu. Ce recrutement est rigidement limité et s'opère par délibération du Conseil Supérieur de la Magistrature ou du Conseil Supérieur du Ministère Public, suivant le cas.

Ces modèles de recrutement n'ont pas été mis en cause malgré l'insuffisance de magistrats notamment jusqu'à 1984, ce qui a donné lieu à une progression très rapide de magistrats placés dans des tribunaux indépendamment de l'expérience acquise.

2.2 - **La participation populaire à l'administration de la justice**

La Constitution et la loi prévoient l'intervention du jury dans le jugement de crimes graves, sur demande de l'accusation ou de la défense. Aboli depuis plus de quarante ans, le jury a été de nouveau introduit en 1975. Il est limité au premier degré de juridiction. L'intervention du jury est limitée à la connaissance des faits et ne détermine aucune spécificité dans l'administration des preuves ou dans la réalisation du principe de l'immédiateté. Les jugements où le jury intervient peuvent faire l'objet d'un recours direct à la Cour Suprême. L'expérience a révélé une utilisation réduite du jury.

Le Code de Procédure Pénale, dont l'entrée en vigueur est prévue pour le 1er janvier 1988, restreint davantage encore la participation du jury, en admettant toutefois son intervention sur les questions de droit. En ce qui concerne la structure du jury, actuellement composé de trois magistrats et huit jurés, la législation complémentaire du Code de Procédure Pénale (en préparation) prévoit la réduction du nombre de jurés.

2.3 - **Juridictions spéciales**

La Constitution interdit l'existence de tribunaux ayant compétence exclusive pour le jugement de certaines catégories de délits, exception faite des tribunaux militaires.

Selon la législation en vigueur, il est établi que les magistrats ont du pouvoir propre pour le jugement des crimes. Ce pouvoir se traduit, en règle générale, par la fixation de la compétence dans le tribunal hiérarchiquement supérieur. Il y a des règles procédurales propres à la préparation du procès et au jugement.

Le Code de Procédure Pénale, déjà publié, maintient le pouvoir spécifique, dans les termes susmentionnés, mais réduit au minimum les spécificités procédurales relatives aux infractions commises par des magistrats.

2.4 - **La "Cour Suprême"**

La Cour Suprême de Justice est un tribunal de recours (revista) ayant une compétence limitée à la matière du droit. Ces pouvoirs et la jurisprudence élaborée à leur propos ont rendu le contrôle du tribunal parfois précaire. Une rigueur excessive dans l'appréciation des limites qui définissent la distinction classique entre questions de fait et questions de droit peut conduire à une inefficacité du contrôle dans des cas de décisions de flagrante injustice.

Le nouveau Code de Procédure Pénale caractérise le recours porté devant la Cour Suprême de Justice de "revista" élargie, ce qui accorde à la Cour des pouvoirs pour connaître du recours lorsque celui-ci se fonde sur l'insuffisance de preuve, la contradiction insusceptible de régularisa-

tion ou l'erreur notoire dans l'appréciation de la preuve, pourvu que le vice résulte du texte de la décision contre laquelle le recours a été introduit, en soi ou conjuguée avec les règles de l'expérience commune. Il admet, en outre, en tant que fondement du recours, l'inobservation de la formalité prescrite sous peine de nullité insusceptible de régularisation.

Le nouveau régime renforce les pouvoirs de contrôle de la Cour Suprême et obéit à un déroulement procédural qui met en évidence des questions importantes telles que l'égalité des armes, l'immédiateté et la sélection. Le nouveau Code prévoit une audience orale (négligée par le Code encore en vigueur), établit "l'onus" de présentation expresse des vices de la décision contre laquelle le recours a été introduit et du contenu de la prétention et admet le rejet du recours, par l'unanimité des voix, en cas de recours manifestement mal fondé.

En matière d'organisation, la Cour Suprême se ressent de l'absence d'un corps d'assesseurs, de la non effectivité de l'obligation de résidence pour les juges aussi bien que de la prévalence de l'ancienneté en tant que critère d'accès. La première difficulté semble pouvoir être résolue à court terme, étant donné qu'elle a été soulevée dans le projet relatif à l'organisation des tribunaux. Les autres concernent des conceptions ancrées sur la fonction de la Cour Suprême et le statut de ses juges, leur disposition semble difficile à obtenir.

2.5 - **Le Parquet**

Au Portugal, le Ministère Public est une magistrature autonome. Cette autonomie se caractérise par le lien des magistrats du parquet à des critères de légalité et d'objectivité et par le fait qu'ils ne sont soumis à aucun ordre, restriction ou directive que ceux provenant de la hiérarchie respective. Les magistrats du parquet sont nommés par le Conseil Supérieur du Ministère Public, organe présidé par le Procureur Général de la République et composé de quinze membres (quatre de droit, trois désignés par le Ministre de la Justice et sept magistrats élus par leurs pairs). Le Ministère de la Justice ne peut donner que des instructions de caractère général au Procureur Général de la République. Le Procureur Général de la République est nommé par le Président de la République sur proposition du Gouvernement et il a des pouvoirs de direction, surveillance et contrôle sur tous les magistrats du parquet.

La fonction du Ministère Public dans le cadre de la procédure pénale en vigueur est peu claire. Nos principes constitutionnels et les réformes variées qui sont intervenues jusqu'à présent ont transformé la procédure pénale en un "patchwork", rendant la position du Ministère Public ambiguë. Celui-ci apparaît soit comme titulaire de l'action pénale, soit comme promoteur de la procédure, soit encore comme "instructeur". La création de tribunaux d'instruction criminelle et la défor-

mation progressive de la fonction de juge d'instruction, devenu un organe inerte et passif, a mis le Ministère Public dans la situation gênante de l'"aguadeiro" (du porteur d'eau), courant constamment entre les policiers et le juge, sans savoir exactement ce qu'il peut et doit faire.

Le nouveau Code de Procédure Pénale écarte cette ambiguïté et restitue au Ministère Public la compétence qui lui est propre. Il ouvre également des perspectives intéressantes dans le domaine du principe de l'opportunité, à peine mentionné et de manière peu significative dans la législation précédente (v.g. dans les infractions relatives à la consommation de stupéfiants). Dans le nouveau Code, le Ministère Public est le titulaire de l'action pénale. Il lui incombe de recevoir les dénonciations, les requêtes et les participations et de décider de la suite à donner à celles-ci, de mener l'enquête, de formuler l'accusation et de la soutenir au cours de l'instruction et de l'audience de jugement, d'interjeter appel quoique dans l'intérêt exclusif de la défense et de promouvoir l'exécution des peines et des mesures de sécurité. L'intervention même de l'assistant reste, en principe, subordonnée à l'activité du Ministère Public.

2.6 - **L'autorité de mise en accusation**

Dans le système portugais, il n'y a pas d'organe spécifique faisant le lien entre l'instruction préparatoire et la phase des débats.

Le nouveau Code prévoit que, dans les cas où il y a lieu à instruction (laquelle a un caractère facultatif et ne peut pas se réaliser selon des formes de procédure spéciales), celle-ci se termine par un débat d'instruction ("instrutório) qui a pour objet l'ouverture d'un débat public et contradictoire devant le juge en vue de savoir s'il résulte de l'enquête et de l'instruction des indices de fait et des éléments de droit suffisants pour justifier le renvoi de l'inculpé devant une juridiction de jugement. Il s'agit d'une sorte d'audience préliminaire devant le juge d'instruction, visant à la confirmation judiciaire de la décision de mise en accusation ou d'archivage de l'enquête afin de soumettre ou de ne pas soumettre la cause à jugement.

2.7 - **La défense**

Dans le système portugais la défense n'est pas un élément de l'organisation judiciaire. L'organisation judiciaire ne prévoit pas la présence du défenseur public, quoiqu'elle admette celle du défenseur désigné d'office. Le défenseur d'office, nommé par le tribunal dans les cas où l'inculpé n'a pas désigné d'avocat, a des pouvoirs procéduraux pour réussir une défense conséquente, mais il lui manque un statut économique adéquat. En effet, sa rémunération est pour ainsi dire symbolique, la nomination étant liée. Dans ces conditions, le climat profes-

sionnel et procédural de l'exercice de la défense est précaire.

Le nouveau Code de Procédure Pénale établit que l'exercice de la fonction de défenseur désigné d'office est toujours rémunéré selon les termes et montants fixés par le tribunal, dans les limites constantes des tarifs approuvés par le Ministère de la Justice ou, à défaut de ceux-ci, en tenant compte des honoraires couramment payé, pour des service similaires et de l'importance des services rendus. Sont responsables de cette rétribution, selon le cas, l'inculpé, l'assistant, les parties civiles ou les fonds propres du Ministère de la Justice.

2.8 - **Police judiciaire et autorité judiciaire**

La Police Judiciaire est un service de prévention et d'investigation criminelles, auxiliaire de l'administration de la justice. Il est organisé hiérarchiquement sous la dépendance du Ministre de la Justice.

En matière d'investigation criminelle, il incombe à la Police Judiciaire de mener des enquêtes, d'assister les magistrats du siège et du parquet et d'accomplir toutes les diligences demandées par ceux-ci. La Police Judiciaire, en tant qu'organe policier, a compétence exclusive pour l'investigation de certains crimes, notamment de contrefaçon de la monnaie, de trafic de stupéfiants et de crimes contre la sûreté de l'Etat. Il incombe au Ministère Public de contrôler la Police Judiciaire au sommet de la pyramide. La Police Judiciaire est localisée dans les centres urbains de grande et moyenne dimension.

Au-delà de la compétence exclusive et de celle qui lui est attribuée dans les départements où elle a une représentation, la Police Judiciaire peut intervenir dans n'importe quel cas, sur décision du Procureur Général de la République fondée sur la gravité et les circonstances de la réalisation d'un crime déterminé.

La coopération entre la Police Judiciaire et les autorités judiciaires est correcte, étant entendu que dans chaque procès les agents de cette police restent sous la dépendance fonctionnelle des magistrats. Certes, cette réalité subit des distorsions dans la pratique, soit en raison de la compétence territoriale insuffisante de la police, soit en raison de l'ambiguïté déjà mentionnée, qui caractérise la procédure pénale en vigueur. En matière de criminalité violente et organisée, le rôle joué par cette police s'est révélé jusqu'ici décisif. En ce qui concerne la petite criminalité, le bilan est moins positif. La tendance de la police est de privilégier l'investigation des infractions graves, en bureaucratisant toutes les autres procédures ce qui conduit, statistiquement, à des taux d'échec significatifs.

2.9 - **Le Ministre de la Justice et la procédure pénale**

Etant donné que la police judiciaire est placée sous la dépendance du Ministre de la Justice, l'intervention du Ministre dans les aspects or-

ganiques, stratégiques et opérationnels du combat contre la criminalité se révèle importante.

Nous ne pouvons pas en dire autant en ce qui concerne l'administration de la justice pénale. En effet, la magistrature judiciaire est organisée en totale indépendance par rapport au gouvernement, la responsabilité de sa gestion et de ladiscipline appartenant au Conseil Supérieur de la Magistrature.

Le Ministère Public jouit également d'une ample autonomie. Aux termes de la Loi Organique sur le Ministère Public, le Ministre de la Justice ne peut donner, en matière de justice pénale, que des instructions de caractère général au Procureur Général de la République. L'expérience recueillie durant l'application de la Constitution actuellement en vigueur démontre que le Ministre de la Justice n'a fait valoir qu'une seule fois ses prérogatives.

3. Différenciation et spécialisation de la procédure pénale

3.1 - La "criminalité organisée" (lui a-t-il déjà été répondu par une "justice organisée" ?)

Le système portugais ne comprend aucune solution judiciaire ou procédurale visant une réponse à la criminalité organisée.

Du point de vue de l'organisation, la Constitution interdit, comme nous l'avons déjà vu, l'existence de tribunaux ayant une compétence exclusive pour juger certaines catégories de crimes.

En ce qui concerne l'aspect procédural, pourtant, le nouveau Code de procédure pénale, dont l'entrée en vigueur est prévue pour le 1er janvier 1988, consacre une attention toute particulière à ce type de criminalité. Et de façon telle que dans l'article 1er il énonce des critères de délimitation. Le §2 de cet article est rédigé de la manière suivante. "Aux termes des dispositions du présent Code, ne sont considérés comme actes de terrorisme, de criminalité violente ou hautement organisée que les conduites qui :

a) intègrent les crimes prévus dans les articles 287, 288 ou 289 du Code Pénal ;

b) portent volontairement atteinte à la vie, l'intégrité physique ou à la liberté des personnes et sont punissables d'une peine d'emprisonnement égale ou supérieure à cinq ans". Les crimes prévus aux articles 287, 288 et 289 du Code Pénal, sont, respectivement, les associations criminelles, les organisations terroristes et le terrorisme.

La qualification des faits de criminalité violente ou hautement organisée est importante, notamment au regard du régime des fouilles, des perquisitions et des mesures de coercition.

3.2 - **La criminalité économique ou criminalité d'affaires**

En cette matière, les réformes ont surtout privilégié des aspects de droit substantiel. La révision de cette législation est en projet, quoique l'orientation donnée par le Code de Procédure Pénale semble exclure la possibilité de prévoir des solutions procédurales spécifiques à l'égard de ce type de criminalité.

3.3 - **La petite délinquance**

Le Code de Procédure Pénale en vigueur ne prévoit pas de solutions susceptibles de répondre aux défis posés par la petite criminalité. Et les lois d'organisation judiciaire, quoiqu'en diversifiant la compétence des tribunaux suivant la gravité des peines, ne reflètent pas la problématique suscitée par ce type de criminalité.

Le nouveau Code de Procédure Pénale envisage cette question avec des options prudentes mais très claires. Les solutions obéissent à une politique criminelle qui met en évidence des critères d'opportunité, de diversification, d'information, de consensus et de célérité. Comme nous pouvons le lire dans le préambule du texte, "méritent une attention spéciale la possibilité de suspension provisoire de la procédure avec des implications et des règles de conduite et, surtout, la création d'une procédure très sommaire (sumaríssimo) - forme de procédure spéciale destinée au contrôle de la petite criminalité -, efficace et rapide, sans les frais découlant d'une stigmatisation et d'un approfondissement du conflit dans le contexte d'une audience formelle".

3.4 - **La criminalité internationale et transnationale**

Dans le système portugais, il n'y a pas de spécificité organisationnelle ou procédurale relative à ce type de criminalité.

L'élaboration du nouveau Code de Procédure Pénale a eu présent à l'esprit la phénoménologie propre de la criminalité internationale et transnationale, dont le préambule du texte se fait d'ailleurs l'écho.

4. Les tendances réformatrices

En matière procédurale, la réforme, depuis longtemps attendue, a vu le jour dans le Code publié le 17 février 1987, dont l'entrée en vigueur est prévue pour l'année prochaine. En référence à un courant procédural important, le Code porte une attention toute spéciale à la distinction entre criminalité grave et petite criminalité ainsi qu'aux solutions de conflit envisagée de manière propre à favoriser le consensus.

En ce qui concerne son architecture normative, le Code de Procédure Pénale a une structure fondamentalement accusatoire, quoique atténuée par un principe d'investigation officielle qui place l'enquête, réalisée sous la tutelle et la direction du Ministère Public, dans la phase

générale et normale destinée à préparer la décision d'accusation ou de non accusation.

Des objectifs d'accélération et de simplification ont conduit à des solutions novatrices d'où ressortent la prévision d'un incident autonome d'accélération de la procédure, un respect rigide des délais, la structuration de l'audience en termes de continuité et de concentration renforcée, la "débureaucratisation" des actes, une définition rigoureuse de la compétence des instances de contrôle et la réduction significative des formes de procédure.

En ce qui concerne les mesures de coercition, le Code veille à ce qu'elles soient utilisées selon une application rigoureuse des principes de la légalité, de la proportionnalité et de la nécessité. Il introduit des mesures nouvelles, telle que la résidence forcée.

L'arsenal normatif que nous avons brièvement esquissé semble pouvoir répondre à la situation de presque rupture vérifiée dans l'administration de la justice criminelle. Cette situation relève d'un phénomène plus général de dérèglement systématique dont la procédure pénale constitue un facteur important. Il importe donc de ne pas ignorer le rôle que l'organisation judiciaire a joué dans la dégénérescence du système et celui qu'elle peut jouer dans sa reconstitution. Il est prévu que l'entrée en vigueur du Code aura lieu après la publication de textes officiels sur l'organisation des tribunaux et de la Police Judiciaire, sur les carrières des fonctionnaires de justice, sur le régime du jury et des expertises médico-légales et l'accès au droit.

L'organisation judiciaire portugaise éprouve actuellement des difficultés de fonctionnement qui sont partiellement structurelles et découlent de la croissance explosive du volume procédural qui, au cours des douze dernières années, a presque quadruplé. Tant l'aménagement du territoire que le statut des magistrats et l'organisation des tribunaux exigent un révision. Dans le premier cas, il faudra dépasser une conception territoriale fondée sur les circonscriptions administratives actuellement en crise, en particulier dans les grands centres métropolitains. Cette conception, associée au principe de la pleine compétence qui caractérise le système judiciaire portugais, devient intenable. Sauf dans les grandes circonscriptions urbaines, les tribunaux portugais ont une compétence totale et générale, c'est-à-dire qu'ils peuvent juger les cas indépendamment de la nature et de la spécificité des faits. Le tribunal collectif n'est pas un tribunal fixe : il est composé du juge chargé de la procédure et de deux juges itinérants qui cumulent des fonctions dans d'autres tribunaux. Ce système qui était crédible à une époque de contentieux réduit est actuellement impensable.

Les projets de réforme s'acheminent donc vers une modernisation judiciaire conçue à la lumière du principe de la différenciation des ins-

tances. Sous cet angle, la compétence des tribunaux, en termes d'organisation et de fonctionnement, sera le reflet de la gravité des causes. L'importance accordée à la distinction entre la criminalité grave et la petite criminalité se reflètera au travers de la propre organisation de la compétence des tribunaux. Pour les causes de moindre complexité (du fait de la gravité réduite des peines ou d'une plus facile appréhension et valorisation des preuves), l'intervention d'un juge unique, l'adoption de formules procédurales simples et promptes, l'accentuation de l'oralité et l'établissement d'un régime de frais moins onéreux sont prévus. Pour les causes plus complexes, plusieurs aspects ont été privilégiés : intervention du tribunal collectif ou du jury, procédure plus solennelle et mécanismes tributaires dissuasifs de légitimité injustifiée.

En transposant ces conceptions vers le plan de la théorie et de la pratique, il faut souligner que l'approche systématique des problèmes de l'administration de la justice est, au Portugal, d'une actualité pressante à la suite du diagnostic des disfonctionnements et des contradictions existants. Une administration correcte de la justice criminelle présuppose un aménagement du territoire adéquat (dans lequel les valeurs d'efficacité des tribunaux et de commodité des populations seraient maximisés), une organisation rationnelle des instances (dans laquelle les tribunaux dans leur structure et dimension seraient ajustés à la nature des conflits), un statut réaliste des magistrats (qui définirait clairement les degrés de responsabilité), des formules procédurales appropriées à la nature des conflits et à la structure des tribunaux ainsi qu'un soutien technique, administratif et logistique efficace. D'autre part, la pluridimensionnalité des facteurs et leur interaction exigent un suivi permettant des opérations de diagnostic et de planification opportunes.

Si l'on ajoute à ces éléments les apports prvenant de l'investigation criminologique et, en règle générale, des sciences criminelles, il faut conclure que les rapports entre l'organisation judiciaire et la procédure pénale fonctionnent eux-mêmes dans un système où il est de moins en moins possible d'isoler les tensions et les forces respectives de chacun.

Cette approche, que les réformes - réalisées ou en cours - veulent incorporer est en train de combler, au Portugal, une attente justifiée sur la normalisation rapide de l'administration de la justice criminelle.

THE RELATIONS BETWEEN THE ORGANIZATION OF THE JUDICIARY AND CRIMINAL PROCEEDINGS IN THE GERMAN DEMOCRATIC REPUBLIC

H. LUTHER * and L. REUTER **

Preliminary Remarks

This report examines the question of whether there are correlations between the judicial system (in a wider sense) and criminal proceedings and, if so, what form they take and what options exist to correlate these conditions to achieve the objectives of criminal proceedings in the best possible way. Thus the question addressed here touches upon the widely discussed problem of the relationship between structure and form. The catalogue of questions is subdivided into three major items :

a) the structure of the administration of criminal justicels ;

b) the nature and function of the organs and person involved in criminal proceedings ; and

c) the differentiation of criminal proceedings.

The questions are extremely wide in scope. Basically, it would be possible to deal with all issues relating to the main subject as "Judicial System" and "Criminal Proceedings." However, this is not possible within the context of a limited national report. Therefore, we will attempt in each section to build the answers around the theoretical question of the interrelationship between structure and form.

1. The infrastructure of criminal justice

Two main complexes will be addressed here :

(*) Professor, LLD, Department of Law, Humboldt University, Berlin GDR.

(**) Department of Law and Political Science, Friedrich Schiller University, Jena

1.1- Financial resources for the administration of criminal justice ;
1.2- Personnel and technical provision for the administration of criminal justice.

Before dealing with the structure of the administration of criminal justice and the mode of criminal proceedings, we will examine whether the financial, human and technical resources available for the administration of criminal justice have an effect on the operation, i.e., the quality of criminal proceedings. It is clear that not only must reasonable resources be provided but also that certain proportions must be maintained with regard to the organs involved in the administration of criminal justice (investigating authorities, prosecutors, courts). The result of imbalances would be that either criminal proceedings could not be conducted timely, or that other strategies of judgment must be found, e.g., through expanding the powers of the public prosecutor.

In our opinion, certain facts should be emphasized in answering these questions :

a) The need for a certain level of personnel and technical provision in the administration of criminal ju stice (in both qualitative and quantitative terms) is largely determined by the nature and extent of criminal behaviour. There is a systemic interrelationship here. The incidence of criminal offences in the GDR is now remarkably low. The crime figures for 1985 indicate that there were 681 offences per 100,000 population. The figures have shown a steady decline for years. The average for the seventies was 739, in 1981 it was 730, and in 1984 it fell to 715. It should also be noted that over 95 percent of all offences are misdemeanors, i.e. less serious than crimes. By way of explanation, let us add here that in accordance with the legal definition of an offence, which is material in substance, only misdemeanors and crimes are considered criminal offences. By contrast, contraventions of rules and instances of misconduct are seen as a specific category of unlawful behaviour not covered by the term "crime." Under section 100 of the Code of Criminal Procedure, however, the investigating authorities are required to examine all cases of unlawful conduct. For the most part, such matters are heard and decided by lay courts. Apart from the continuous need to modernize the technical provision for the organs involved in the administration of criminal justice in order to improve working conditions and provide better means of detecting and solving criminal offences, there is no extra pressure to do this because of a rising crime rate.

b) A typical method through which a socialist society can maintain low expenditure on the machinery needed for dispensing criminal justice is by the operation of lay courts which, while integrated into the

judiciary system (Article 92 of the Constitution) and staffed with members acting in an honorary capacity, give final rulings on only 26 percent of all offences. In 1985 this affected 231,773 offenders (compared with the 59,574 convicted by state courts during the same period). Needless to say, lay courts receive material support from the relevant government departments and agencies. On balance, however, the judicial costs incurred by the lay courts are very low.

c) The Code of Criminal Procedure of the GDR fixes time-limits for the conduct of criminal proceedings, the aim being to bring proceedings to a rapid conclusion. In the vast majority of cases these short time-limits are met : three months for preliminary proceedings (Section 103 of the Code), four weeks for original jurisdiction (Section 201, subs. 3 of the Code), three weeks for proceedings against juvenile offenders (Section 201, subs. 3 of the code), and four weeks for appeal proceedings (Section 294 of the Code). Adherence to the deadlines set is strictly monitored by the higher public prosecutors and the superior courts. In sum, the questions above can be answered as follows : the human and technical (and hence financial) resources provided for the organs involved in the administration of criminal justice create the objective conditions required to conduct criminal proceedings without delay and to ensure that legally founded, just and socially effective decisions are handed down by state-administered and lay courts. The courts alone (Article 92 of the Constitution) are empowered to establish the criminal responsibility of a citizen. The idea of interposing decision-making authorities, particularly to take pressure off the courts, is rejected as a matter of principle since everyone must have absolute certainty regarding his legal position. It is not deemed necessary to change the infrastructure of the organs administering criminal justice.

2. The authorities and their role

2.1- **The selection of professional judges**

Since 1960, full-time judges in the GDR have been elected for five-year terms by the appropriate representative bodies (the district and county assemblies and the People's Chamber). As a rule, judges are re-elected several times. The election of judges is considered a democratic process which has a positive effect on the quality and social impact of judicial decisions. Close ties with the people and the democratic supervision of the administration of justice are the main considerations. It goes without saying that the election of judges does not affect their independence or the principle that they are bound only by the law. But it affords the judicial system much better conditions for helping to resolve the social conflicts reflected or underlying in criminal acts. The most recent elections produced the following results :

a) 940 judges elected to serve on the country's 236 district courts (51.1 percent of them women) ;

b) 331 judges elected to sit on the 15 county courts (45.3 percent of them women) ; and

c) 52 judges elected to service on the Supreme Court (27 percent of them women).

2.2- Participation of Laymen in the Administration of Justice

This catalogue of questions raises four issues :

a) What forms of lay involvement exist? There are two forms. First, laymen serve as chairmen and members of lay courts (grievance and arbitration committees) and, second, they serve as assessors in state courts.

On the first point, 233,365 citizens (including 100,797 women) were elected members of grievance committees in 1982 ; 55,911 citizens (including 47.3 percent women) were elected members of arbitration committees (i.e. lay courts in towns, rural communities and collective farms) in 1984.

Lay courts are fully competent to hear and decide criminal matters entrusted to them by the state organs administering criminal justice (Section 58 of the Code of Criminal Procedure). They deal with offences which are not serious in terms of consequences and culpability. Another prerequisite for assigning criminal matters to a lay court is that the lay court may be expected to exert an effective educational influence taking into account the act committed and the offender's personality. In particular, it is necessary for the accused to admit that there has been a breach of the law (Section 58 of the Code).

The activities of lay courts are subject to all the principles that govern the administration of justice generally, but without the formal character of proceedings in state courts. Members of lay courts are independent in administering justice and bound only by the legal provisions in force.

On the second point, lay assessors are fully fledged judges serving on state courts and elected by the citizenry or by representative bodies. A total of 52,961 citizens (53 percent of them women) were elected lay assessors in 1984 and 1986, respectively. There are 50,857 lay assessors at the district court level and 2,104 at the county court level. The fact that lay assessors are recognized as fully fledged judges means that they take part not only in the trial but also in the committal proceedings and preparations for the trial as well as in the penal process (court supervision of convicted offenders free on probation). Many years of experience indicate that the legal provisions which assure them equal

status with full-time judges have had a favourable influence on the quality of the administration of justice, i.e. its substance and social impact. The trend is towards enhancing the role which lay assessors play in the judicial system. The collective responsibility of the law courts, achieved through the involvement of lay assessors, is a basic principle underlying the organization of the judiciary in the GDR (the principle of collective responsibility).

b) Is the involvement of lay assessors confined to first instance jurisdiction?

As far as criminal cases are concerned, lay assessors take part only in first instance jurisdiction. However, if the ruling of a lay court is reviewed by a district court, the latter invariably hears and decides such matters with lay assessors participating. The principle that criminal cases should be heard and decided with the participation of lay assessors is observed virtually without exception in first instance jurisdiction. Only if an order of summary punishment is issued, is the decision made by a (full-time) judge sitting alone. This whole approach (Sections 270-275 of the Code of Criminal Procedure) is employed relatively often in simple, minor and moderately serious matters. The Code of Criminal Procedure expressly assigns a subsidiary function to summary punishment. One case for instituting such proceedings is where it would appear inappropriate or impossible to entrust the matter to a lay court (Section 270, subs. 2 of the Code). According to the rulings handed down by the Supreme Court and other superior courts, it is clearly preferable to assign such cases to a lay court and thus to collective deliberation and decision-making.

c) Quantitative role of lay involvement

Courts of first instance invariably hear and determine cases in the presence of a full-time judge and two lay assessors (an extra judge may be involved in county court proceedings under Section 33 of the Code of Judiciary Organization, but this hardly ever occurs in practice). This means that with judges and assessors enjoying fully equal status, the latter are not only able to exert considerably influence on the conduct of the trial buy may also outvote the judge. The vote is confidential. The judge and the assessors decide jointly on matters of conviction and sentence. To illustrate the interrelationships between the structure of criminal justice and criminal proceedings it is not enough to discuss the quantitative role of lay involvement. It is also essential to take qualitative aspects into consideration. Foremost among these are the section of lay assessors, the training they receive and the way they discharge their responsibilities. It is of crucial significance for the role of lay involvement that assessors be drawn from all walks of life and that most of them hold jobs and enjoy great respect among their fellow workers.

The legal guarantees for the work of lay assessors are also important. Section 51 of the Code of Judiciary Organization contains the stipulation that assessors should not suffer any professional or other personal disadvantages as a result of their voluntary activity. They are granted the necessary leave from work on full pay. A long-established system of training provides additional safeguards for lay assessors in the fulfillment of their tasks as part-time judges enjoying equal status.

d) What effect does lay involvement have on rules of procedure and their application, specifically in the presentation of evidence ?

When the Code of Criminal Procedure was enacted on 12 January 1968, the legislature doubtless had a model of criminal justice in mind in which lay assessors would play a dominant role. The law requires law courts to consider collectively any decision to be adopted during committal proceedings (Section 188, subs. 3 of the Code). Needless to say, lay assessors are fully conversant with all documents contained in the case files, including the indictment. The trial is conducted in accordance with the principle that evidence should be direct and oral, enabling lay assessors to discharge their judicial responsibilities to the full. Solely the facts established during the hearing of evidence provide the basis for the court's decision (Section 222 subs. 3 of the Code). Similarly, the rules of procedure concerning the consideration of, and voting on, a court decision are designed to ensure the right of assessors to play their full part in the proceedings (Sections 178 ff. of the Code). Thus the assessors always cast their vote before the full-time judge. They have the right to express their dissenting views in what is known as a special vote (Section 180, subs. 3 of the Code).

These observations tend to corroborate the trend towards strengthening the role of lay judges, discernible both in the law-making process and in the administration of justice, by extending the safeguards for lay involvement still further. New types of offences do not in any way constitute an obstacle.

2.3- **Special courts**

We shall examine whether there are special criminal courts for specific categories of offences or offenders and whether the general rules of procedure apply to them or special rules of procedure are in force.

The provisions of the Code of Criminal Procedure apply to all criminal proceedings without exception (Section 1, subs. 3 of the Code). This fundamental provision of the Code follows from the constitutional prohibition of special courts (Art. 101, para. 2 of the Constitution). The establishment of special courts would also be in contravention of the constitutional norm whereby no one may be deprived of his lawful judge

(Art. 101, para. 1 of the Constitution).

A specific form of law court exists to hear and determine military criminal cases (cf. Article 92 of the Constitution and the Code of Military Justice of 27 September 1974 as amended on 28 June 1979). The system of military ustice is exclusively responsible for dealing with criminal offences committed by military personnel and criminal offences directed against military security (e.g. military espionage) even if they have not been committed by military personnel. This is justified by the specific nature of these offences. But these courts are also subject to the constitutional provision (Art. 93) that overall responsibility for the administration of justice lies with the Supreme Court of the GDR (cf. also Section 1 of the Code of Military Justice). Military courts are fully integrated into the standard judicial system. The provisions of the Code of Criminal Procedure apply to them without restriction. Therefore, the Code of Military Justice does not contain any procedural provisions that differ from those of the Code of Criminal Procedure. Taking into account the particular features of the cases to be heard, the Code of Military Justice specifies both the local jurisdiction of military courts (Section 6 of the Code) and their jurisdiction over the legal content (Sections 11 and 14 of the Code). There exists a specific procedure for the election of military judges and assessors to ensure their full competence in military criminal matters (Sections 19 and 26 of the Code). But they too are subject to the general principle that judges are independent in administering justice and bound only by laws and other legal provisions. No specific regulations, e.g. a special form of admission, exist for the activities of defence counsel in military criminal proceedings, nor has any specialization emerged in practice.

Apart from this there are no special courts in the GDR--nor have separate juvenile courts been established, but such questions will not be touched upon here. Specialization among the criminal divisions of county courts and the Supreme Court is practiced as necessary on the basis of generally applicable distribution of business schedules, but it would be inappropriate to speak of special forms of law courts here.

2.4- **The Highest Court**

We have referred already to Article 93 of the Constitution which provides that the Supreme Court, as the highest judicial authority, directs the administration of justice by all courts on the basis of the Constitution, the laws and other legal provisions and ensures uniform judicial practice among the courts. According to the Code of Judiciary Organization, the Supreme Court may exercise original jurisdiction in criminal matters if the Prosecutor-General brings an indictment before the Supreme Court (such trials have not been held for some time and

there are plans to change this provision) but many also act as a court of appeal, i.e. a court empowered to review the legality, justice and soundness of court decisions, whether final or otherwise. The Supreme Court has several judicial divisions :

1. Criminal divisions and military criminal divisions consisting of three judges each (Section 38 of the Code of Judiciary Organization ; Section 13 of the Code of Military Justice) and drawn from the panels of judges responsible for criminal and military cases ; and

2. The Presidium of the Supreme Court consisting of five judges (Section 40 of the Code of Judiciary Organization).

The Supreme Court sits as a court of appeal if a prosecutor or defendant has lodged an appeal, protest or complaint against a non-final decision by a county court or superior military court. No special procedure is required. The reasons need not be set out in a particular manner, nor is it necessary for the appeal to be lodged by a lawyer. The number of court decisions reviewed in this way is relatively small because county courts and superior military court stend to sit as courts of first instance in very few cases only. A suitable means of securing uniform legal and fair judicial practice is through the power of the Supreme Court to rectify court decisions that are incorrect in law. Both the Prosecutor-General and the President of the Supreme Court may apply for the initiation of appeal proceedings. They must do so within a year of the court decision becoming final. The Presidium of the Supreme Court may admit cassation in favour of the defendant even beyond this time-limit (Section 313, subs. 3 of the Code of Criminal Procedure). Court decisions in need of cassation are brought to the attention of the Supreme Court both through legal channels and through suggestions and petitions addressed to it by members of the public and by lawyers. In this way the Supreme Court is able to supervise the administration of justice effectively. At the same time, the high judicial standard of the county courts and higher military courts, which also enjoy the right of cassation, prevent any excessive workload on the Supreme Court. When sitting as a court of appeal, the Supreme Court reviews decisions in the light of the following considerations :

a) Whether the facts have been insufficiently or incorrectly established ;

b) Whether the provisions regarding court proceedings have been violated ;

c) Whether the criminal law provisions have been violated by failure to apply them or by applying them incorrectly ;

d) Whether the type and degree of punishment inflicted is incorrect (Section 291 of the Code of Criminal Procedure).

The law specifies the following reasons for quashing a final court

decision :

a) The decision is based on a violation of the law ;

b) The penalty imposed is grossly inadequate ; or

c) The reasons stated are incorrect (Section 311 of the Code of Criminal Procedure).

The law thus enables the Supreme Court to fully perform its role of directing the administration of justice by the courts.

The Supreme Court sits at 13 Littenstrasse in the capital of the GDR. (The street has been named after Hans Litten, a lawyer who was butchered by the Nazis in the Dachau concentration camp in 1938).

With the Law from 18 December 1987 - 4. criminal code (amendment - Law gazette part I, Nr. 31, p. 301) an appeal was brought against decisions of the Supreme Court in first instance. It was prescribed that a Great Senate decide on this appeal. The Great Senate consists of five judges. This Senate always conducts a trial and decides under the chairmanship of the President or one of the Vice-Presidents of the Supreme Court. In this way the legislator has decided : The Supreme Court continues being a court of the first instance. At the same time the Supreme Court is in these cases a court of the second instance. Against the first-instance-decisions of the Supreme Court the procurator and the accused have the right to lodge an appeal.

A new article 40 had been introduced in the Judicature-Act concerning the tasks and the staff of the Great Senate. The Great Senate is the third organ of judicature at the Supreme Court beside the senates for criminal cases in the framework of the collegia and the presidency.

2.5- **The Prosecuting Authority**

The Prosecution Branch in the GDR fulfills the traditional role of a prosecuting authority, but this does not sufficiently explain its part in criminal proceedings nor does it permit us to draw any conclusions regarding the relationship between the organization, structure and status of this authority on the one hand and criminal proceedings on the other. The existence of a prosecuting authority does not in itself provide any clue to the possible procedural patterns and rules governing its activity. The emergence of a Prosecutions Branch in 19th-century bourgeouis Germany furnished ample evidence of this, but more recent comparative legal studies indicate that there is no universal procedural model for a prosecuting authority even today.

In its capacity as a prosecuting authority the Prosecutions Branch is involved both in the preliminary investigations and the court trial. It occupies a key role in both stages of the proceedings by bringing in an indictment and then exercising its basic constitutional role of ensuring

strict adherence to legality during both stages (Art. 97 of the Constitution).

The status of the Prosecution Branch, its responsibilities, rights and duties are set out, on the basis of the Constitution, in an Act of Parliament adopted on 7 April 1977. Consonant with relevant provision in the Code of Judiciary Organization and the Code of Criminal Procedure, this act stipulates that the Prosecution Branch must fulfill its constitutional mission in every respect, including that of criminal proceedings. Article 97 of the Constitution, which provides that the Prosecution Branch should direct the fight against crime, is of special significance for the prosecutor's role during the preliminary proceedings because it means that in procedural terms he is in charge of the investigations (Section 87 of the Code of Criminal Procedure).

The relationship between the org nization, structure and status of the Prosecution Branch on the one hand and procedural law on the other is too complex to warrant comprehensive analysis here. We will confine ourselves to the main features of this relationship, most of them arising from the basic constitutional function of the Prosecution Branch.

a) The Prosecution Branch of the GDR is a centralized and independent authority directed by the Prosecutor-General, who is at the top of the hierarchy. The latter is elected by the People's Chamber, the country's highest representative body, and is accountable to it or, between its sessions, to the Council of State (Art. 98 of the Constitution). Consequently, the Prosecutions Branch is neither a constituent part of the government (Council of Ministers) nor does it belong to the Ministry of Justice in terms of structure or personnel. The Minister of Justice has no authority over the Prosecutor-General and is not empowered to issue general instructions or specific directives to him. Since the Prosecutor-General is directly subordinate to the highest state authority, it would be pointless to examine whether the executive, notably the Ministry of Justice, can influence the prosecution of offenders via the Prosecutor-General. At the same time, there exists a close working relationship--not only during specific criminal proceedings--between the Prosecutor-General and his subordinate public prosecutors on the one hand and the Ministry of Justice, other government department and the local authorities on the other. But, of course, the Prosecution Branch may not interfere in the administrative work of these bodies, nor may the latter exert any direct influence on the activities of the Prosecution Branch.

b) It is completely consistent with the status of the Prosecutor-General as a constitutional organ that he enjoys considerable powers to influence the conduct of investigative proceeding by means of what are known as normative directives. He is authorized to issue directives to all

public prosecutors and investigating authorities concerning the direction and conduct of investigative proceedings, and he may give recommendations to the heads of central investigating authorities regarding pre-trial investigations. Moreover, any orders and standing instructions regarding investigations require his consent. Although the Prosecutor-General has no power to legislate, he has significantly contributed, in exercising his powers, to setting normative standards for investigative proceedings, notably by laying down binding rules concerning the duties of public prosecutors in directing preliminary proceedings, the obligation of the investigating authoritie s to inform the Prosecution Branch, the setting of different target dates within the statutory maximum time-limit, the power to initiate preliminary proceedings, etc. Important rules of procedure have thus been given a more concrete form.

While the Prosecutor-General may not take direct action to have court rules put in more concrete terms, he may do so indirectly by exercising his right to request the Supreme Court (either all of its members or just the Presidium) to issue directives or decisions regarding the application of the procedural law in force. However, the Prosecutor-General has hitherto invoked this right very infrequently.

c) On account of its geographical and hierarchical structure, the Prosecution Branch is in a position to direct preliminary proceedings at all administrative levels and to participate in all criminal court cases through successive stages of appeal. Although the organization and structure of the Prosecution Branch is independent of the organization and structure of the courts, there exists a large measure of correspondence between the prosecutor's office and the court and also between the prosecutor's office and the investigating authority since it is felt that the political and territorial configuration of the country should have an equivalent and because this seems reasonable in terms of jurisdiction. The Code of Judiciary Organization establishes the decisive link by assigning spheres of jurisdiction. This enables all organs and authorities involved in the administration of criminal justice to cooperate in a useful and efficient manner.

d) As has been emphasized before, the public prosecutor plays a dominant role as the person in charge of preliminary proceedings. One reason for this is that the prosecutor has a specific interest in ensuring that the court deals only with criminal matters which have been examined thoroughly and without bias.

During the preliminary proceedings the Prosecutions Branch exerts an active and formative influence on the investigations. It does not passively accept the results of investigations, nor does it confine itself to examining whether a criminal case is indictable. While this does not

mean that the prosecutor conducts most of the investigations himself, he is required as a matter of principle to secure strict adherence to the law in every matter investigated and to assume direct guidance and supervision in cases that are difficult to prove or of a very serious nature.

A court may not make any decisions regarding the conduct of the proceedings during the preliminary stage. While the criminal proceedings are in their pre-trial stage it does not have any investigating role. Hence there is no room for the institution of an investigating magistrate in the GDR. However, the court examines the lawfulness of certain coercive measures which affect the basic constitutional rights of citizens, and the court alone may issue a warrant for arrest, although during the preliminary proceedings it may do so only at the request of the prosecutor rather than on its own initiative.

e) As the prosecuting authority, the Prosecution Branch defines the legal content of court proceedings. While the court examines the charges on its own and determines a case autonomously in accordance with the law, it may deal only with the content defined by the prosecution and cannot bring up any other criminal offences for consideration during the trial.

In bringing an indictment the public prosecutor is required, as a matter of principle, not to be swayed by any considerations of expediency. Neither criminal law nor procedural law warrant this. The prosecutor is obliged to prosecute offenders and to bring charges against them, but substantive criminal law provides sufficient scope for either dropping the charges or having criminal matters heard and determined by a lay court, to say nothing of additional provisions for dealing with juvenile delinquents, which are exclusively governed by educational considerations. There are, however, standard legal reasons of expediency of a concrete rather than general nature which make it possible or necessary for the public prosecutor to refrain from bringing an indictment. The transference of minor criminal matters to lay courts will illustrate this point. The prosecutor may not arraign someone if the requirements for entrusting the matter to a lay court are met. Handing the case over to a lay court is not a matter for his discretion if he has concluded after careful consideration that the legal requirements for doing so are present. In such a case he is required to hand the matter over. In adopting this legalistic approach to the question of whether to bring charges or not, the public prosecutor is fully autonomous. His decisions do not require the consent of the court nor do other organs have the right to impose a particular decision on him, although, of course, the various prosecutors empowered to make decisions are only relatively autonomous in this process as they are bound by internal

directives. By adopting this approach and pursuing his prosecuting practice, the public prosecutor is applying the principles of penal policy. Owing to its hierarchical and centralized organization and structure the Prosecution Branch contributes significantly to the uniform application of these principles and to their coordination in the day-to-day administration of criminal justice.

Within the scope of his powers subsequent to preliminary proceedings, a public prosecutor in the GDR is not entitled to impose sanctions, i.e. he may not link a verdict of guilty to the imposition of a criminal sanction (however designated). As a matter of principle, only courts may make such decision. There are no grounds, not even those of limited judicial capacity, which would justify transferring court functions to the Prosecution Branch.

f) Finally, the constitutional role of the Prosecution Branch tends to have a major impact on the purpose of criminal proceedings and on their subject matter since the Prosecution Branch is under the obligation to initiate appropriate measures to eliminate the root causes of crime and to redress the damage and because one of its tasks is to enlist the cooperation of the public in investigating criminal offences and their underlying causes. For the Prosecution Branch this is a procedural corollary resulting from their general obligation to secure adherence to the law and, in case of infringements, to adopt corrective measures. On the strength of long-standing experience in our country, we see this as an important and remarkable broadening of the traditional perception of criminal proceedings which is aimed at reinforcing their social effect. The practical result has been that the Prosecution Branch reacts sensitively but strictly to all infringements of the law which are conducive to criminal offences and tackles them by employing specific legal means, i.e. the statutory instruments of what is known as general supervision of legality outside the area of criminal proceedings.

2.6- **The authority of indictment**

In Section 2.5, we have seen that, according to the structure of criminal proceedings in the GDR, the investigations are conducted by specific authorities and that the public prosecutor, as the person in charge of the preliminary proceedings, supervises the legality of the investigations and, if the statutory requirements are met, formally charges the accused in court.

However, before a trial can take place, the court holds committal proceedings (Sections 187 ff. of the Code of Criminal Procedure) to determine the course of action to be taken. Meeting in closed session, with only the judges present, the court considers the matter and adopts one of the following decisions :

a) The charges are provisionally or definitively dropped.
b) The matter is referred back to the public prosecutor.
c) The matter is entrusted to a lay court.
d) The application to open trial is rejected.
e) Trial is opened. (Section 188 of the Code of Criminal Procedure).

Although this stage of the proceedings is an important one, it would not be entirely justified to speak of a "special organ." The legislator has expressly established an organic link between the opening of a trial and the preparations for it (cf. heading of Chapter IV, section 4 of the Code of Criminal Procedure). Even though the court deciding on whether to open a trial frequently differs in composition from the court conducting the trial this is by no means a legal necessity. Rather, the law operates on the premise that the court will acquire the necessary competence to conduct the trial by preparing itself thoroughly beforehand. According to our traditional line of thought a court does not guard against bias and subjective handling of a case by reducing its own competence. What matters is that the court should not assume the function of the prosecution.

In practice, it is rare for a court to make a decision of type (a), (c) or (d). The case is handed back to the prosecutor primarily in those instances where further investigations are necessary and possible (Section 190 of the Code of Criminal Procedure). The pattern of criminal proceedings in the GDR is such that preliminary proceedings do not lead automatically to a trial but involve a particular stage during which the matter is examined by a court. The committal proceedings impinge on both the preliminary proceedings and trial. With regard to the preliminary proceedings the committal proceedings ensure that only fully investigated and "triable" criminal cases come before the court, and that the accused is liable to arraignment (Section 15, subs. 4 of the Code of Criminal Procedure). On the other hand, the committal proceedings are part of the thorough preparation for the trial. They ensure high standards and efficiency in the court's hearing and decision.

There are deviations from this rule in district court proceedings should the public prosecutor, in bringing charges, apply for summary proceedings (Sections 257 ff. of the Code of Criminal Procedure) or for an order of summary punishment (Sections 270 ff. of the Code). In summary proceedings there is no decision to open trial (Section 259, subs. 1 of the Code) and in proceedings following application for an order of summary punishment the court examines the justification for the prosecutor's charges as part of its decision.

2.7- **The defense**

The defense is seen as playing a necessary role within the contest of criminal prosecution. A legally founded and fair decision in criminal matters requires a procedural pattern which affords both the prosecution and defense equal opportunities. The specific function of the defense does not in any way rule out the obligation to be impartial in the prosecution of criminal offences, i.e. in the activities of investigating organs and the public prosecutor. The right of defense is a necessary guarantee for full and extensive investigations as well as for lawful and fair court decisions. Therefore, the Code of Criminal Procedure of the GDR looks upon the right to defense as a matter of public interest rather than as the purely private concern of the accused. The "guarantees" provided for exercising the right to defense include the availability of a defense lawyer whose services can be engaged by the accused at any stage of the proceedings and whose participation is mandatory in certain categories of criminal offense (Section 63 of the Code of Criminal Procedure). The counsel for the defense is independent of the organs administering criminal justice and any other parties to the proceedings. His only mission is to assert the defense rights of the accused. Within this framework he is required to advise the accused and to aid him in exercising his rights. Defense counsel's role is to assist in solving the case by putting forward all mitigating circumstances and all factors that tend to prove diminished responsibility. In exercising the right to defense, lawyers are bound by the legal provisions in force : those relating to criminal law, criminal procedure and professional ethics. Accordingly, the defense lawyer is part of the system of administration of justice, the Bar constituting a social institution in the socialist administration of justice. Defense means applying the law and, moreover, guaranteeing that it is applied correctly and fairly. Hence there is an interrelationship between an effective judicial system and an effective defense.

Starting in the 1950s, lawyers began to join together in panels (Kollegien), a suitable form of social organization which affords each lawyer professional security, including periodic in-service training. At present, there exist fifteen independent panels of lawyers at the regional level. Their chairmen discharge a number of guiding and coordinating functions in the "Council of Chairmen."

2.8- **Police and judicial authority**

In the GDR, the criminal police are a branch of the German People's Police. it bases itself on a law enacted on 11 June 1968 which defines the powers and responsibilities of the German People's Police, on the relevant orders and instructions issued by the Minister of the

Interior, and on the Code of Criminal Procedure. Its main task is to detect criminal offences and related incidents and to adopt or initiate measures designed to prevent and avoid such offences.

According to the Code of Criminal Procedure, the criminal police is the investigating authority of the Ministry of the Interior and is empowered to conduct investigations in criminal matters. But the Code also provides for other investigating authorities : those of the Ministry of State Security and the Customs Administration. The investigating officers attached to the military prosecutors and forming part of the Military Prosecution Branch enjoy the same status as the investigating authorities. The Prosecutor-General has issued general instructions to the effect that certain other organs may also be charged with conducting investigations in criminal matters, the Code of Criminal Procedure giving him the legal authority to do so. These organs are the traffic police, certain authorized officers of the German People's Police and the tax investigation service. They limit their investigations to specific categories of offences (traffic offences, minor offences following consultations with the criminal police, tax offences). They may only apply legal sanctions in so far as express provision is made for this in law. The criminal police are centralized in structure within the system of the Ministry of the Interior, with units operating at the district, county and national level.

Consequently, it is not subordinate to the Prosecution Branch in administrative terms, even though the latter, in its capacity as the investigating authority, may issue procedural instructions to the criminal police.

The criminal police have all the material, technical and human resources necessary to fulfill the statutory mission of preventing, detecting, solving and avoiding criminal offences. It pursues this mission independently rather than as an auxiliary organ of the Prosection Branch. In a remarkable development, the criminal police have evolved from its former role of servant to the prosecution in pre-war Germany into an independent investigating authority in the GDR. This development has had major procedural implications, of which the most important will be singled out here :

a) The criminal police have been empowered to institute preliminary proceedings in all criminal matters on their own initiative unless the Prosecutor-General, in exceptional cases, should reserve this right to the prosecutor, or the initiation of proceedings requires the consent of the prosecutor.

b) Being procedurally independent as an investigating organ, the criminal police are free to conduct investigations on their own without prior consent of the prosecutor, although, on the other hand, the police

are bound by the prosecutor's directives concerning the conduct of investigations.

c) It is within this context that one should see the right of the criminal police, in legally specified cases, to drop the charges or to entrust a criminal matter to a lay court for consideration and judgment. If the investigations have been concluded and there are no grounds for dropping the charges or assigning the case to a lay court the criminal police will hand the files, together with a final report, to the public prosecutor. In the report, the criminal police set out a view as to whether the investigation is complete and whether there is sufficient substance to the charge.

Irrespective of its procedural autonomy, the criminal police fulfill their tasks while remaining in constant touch with the Prosecution Branch and being subject to its control and supervision. The relations between investigating organs and the Prosecution Branch are marked by cooperation on the one hand and strict fulfillment of statutory obligations on the other.

The Prosecution Branch must not take advantage of its responsibility and right to direct the preliminary proceedings by treating the investigating organs in a patronizing manner but must seek to ensure that the latter conduct the investigations efficiently and without delay.

Herein lies the decisive contribution of the investigating organs to the attainment of procedural objectives. More specifically, this finds its expression in the following :

a) The full and impartial examination of all circumstances which tend to confirm or refute the suspicion of a criminal offence and which constitute the necessary prerequisite for ensuring that all guilty parties, but no innocent persons, are brought to justice.

b) The intensive and rapid conduct of the investigations in order to reach a swift judicial response to the criminal offence and to keep the period of uncertainty about the outcome of the matter as short as possible.

c) The detection and elimination of all the root causes and conditions which have directly provoked the criminal offence in question or have been conducive to it.

d) The early involvement of representatives of the community, notably of work teams, in collective efforts to educate the offender, and especially to promote his willingness to redress the damage done and mend his ways.

2.9- The minister of justice and criminal procedure

The answer to the question whether the Minister of Justice has any powers to intervene is an unequivocal "No." The Ministry of Justice has

no functions within the context of criminal proceedings, and it does not enjoy any powers to supervise, control or influence the proceedings. It should be added that the Prosecutor-General of the GDR is answerable only to the People's Chamber, the supreme representative body. Under Article 98, para. 4 of the Constitution the Prosecutor-General is accountable to the People's Chamber and, between its sessions, to the Council of State. By the early 1950s the Prosecution Branch had been detached completely from the system of judiciary organization (cf. also the Prosecution Branch Act of 7 April 1977).

3. Differentiation and specialization of criminal justice

As pointed out in 2.3, special courts only exist in the field of military justice [This is reflected in the organization of a Military Prosecutions Branch whose head is, concurrently, one of the deputies of the Prosecutor-General of the GDR.].

The problem of differentiation and specialization of criminal proceedings, on the basis of universal principles of basic and inalienable legal rights of the accused, is a matter of relevance for the GDR today. Primarily, it stems from a desire to address with greater competence criminal matters which are, to some extent, growing in complexity and to find appropriate ways of prosecuting criminal offences in an economical manner. The tendency towards individualization of criminal responsibility in criminal proceedings urges a measure of specialization which takes advantage of greater competence.

Referring to the four categories listed by the general rapporteur, our position on the differentiation and specialization of criminal proceedings in the GDR is as follows :

3.1- The question as to whether "organized crime" has been met with "organized justice" must be clearly answered in the negative. The principal reason is that one cannot speak of organized crime in the GDR even though isolated instances of professional crime occur. Organized professional crime had been largely stamped out in the GDR by the early 1960s. Hence there has been no need for "organized justice" to deal with it (including the appropriate investigating organs).

3.2- In the field of economic crime, however, there has been a measure of specialization both among the investigating organs and prosecuting authorities, and, to some extent, among the courts. The mainspring of such specialization has been the desire to examine and judge such offences with greater competence. Those involved must be versed in economic affairs and have special experience.

The extent of this type of offence is limited. It is different in nature

from the white-collar crime which is wide-spread in many Western countries. Yet in many instances the investigations are rather complicated. This is the main reason for the specialization that has taken place, although the latter has occurred within the context of the existing institutional structure. No new structures or organs outside this framework have ben established. As regards the investigating organs of the Ministry of the Interior (criminal police), the county authorities of the German People's Police specialize in investigating economic offences of great severity or complexity, including fires, explosions and grave industrial accidents suspected of being the result of criminal behaviour.

Specialization in this area has taken place in the offices of the Prosecutor-General and the county prosecutors. For one thing, this has occurred in order to ensure the competent handling of preliminary proceedings involving serious or complicated economic offences at the regional level and, for another, because it is, as a rule, incumbent on this specialized staff to prepare or conduct the case for the prosecution in the county courts or to take part in appeal proceedings (e.g. before the Supreme Court). Moreover, these officials share their experience and knowledge with the district prosecutors, helping them to investigate economic offences at the district level in a competent manner.

Courts of law specializing in economic offences have not been established at either the district or county level. Yet a criminal division of the Supreme Court is specifically responsible for decision on economic offences in appeal proceedings. Through the judicial practice of this division, the Supreme Court exerts considerable influence on the prosecution of economic offences.

3.3- Two differentiated forms of procedure have emerged in the GDR to deal with minor criminal offences.

a) Such offences are tried and judged by lay courts (grievance committees in factories and offices, and arbitration committees in residential areas, rural communities and cooperatives). One quarter of all criminal cases are resolved in this way. A basic requirement is that the offence should be fully investigated and that the offender admit his guilt. Lay courts decide such matters, after oral consultation, on the basis of a directive whereby they are entrusted with the case by the investigating organs, the public prosecutor or the court. In about 90 percent of the cases such directives are issued by investigating organs, usually directly after a charge has been laid or preliminary proceedings have been instituted, to ensure the swift handling of less serious offences. Lay courts may only decide on corrective measures.

b) An order of summary punishment may be issued under Sections 270 ff. of the Code of Criminal Procedure. It is handed down by a district court at the request of the public prosecutor if the facts of the case are evident, the offender has admitted his guilt, and a fine or term of imprisonment appears to be adequate. There are no oral proceedings. In practice, orders of summary punishment mainly involve the imposition of fines.

3.4- No specific patterns of criminal proceedings have hitherto been evolved in the GDR with regard to international, or transnational, crime. At present, it is not felt necessary to respond in procedural terms, e.g. by establishing new structures, fields of jurisdiction, or modalities. Acts constituting a criminal offence under what is known as substantive international criminal law have been largely incorporated into the GDR's body of domestic criminal law. This means that relevant criminal offences can be prosecuted without difficulty on the basis of, and in accordance with, the Code of Criminal Procedure and the relevant international conventions.

4. Trends of reform

Our brief concluding remarks may be summed up as follows : We do not perceive any need to envisage fundamental changes in the structure and conduct of criminal proceedings. The following considerations continue to govern the structural elements of criminal procedure :

1. The organs administering criminal justice (the courts, public prosecutors and investigating authorities) pursue the same objectives but assume different functions and are organizationally independent.

2. The organs administering criminal justice are obliged to investigate the matters brought before them fully and thoroughly.

3. The rights and dignity of those involved in criminal proceedings are respected, notably the right of the accused to be defended.

4. The administration of justice must seek to have a large impact of the community, to solve to the greatest possible extent the social conflicts reflected in criminal offences.

As regards the future development of criminal proceedings, the main objective is to strengthen their democratic foundations and expand the procedural safeguards for legality and the reliability of the law.

THE RELATIONS BETWEEN THE ORGANIZATION OF THE JUDICIARY AND CRIMINAL PROCEDURE IN THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY

R. BOTTCHER*

Introduction

Section 3 of the XlVth International Congress in Vienna (1989) has been given an exceptionally difficult but at the same time interesting task. It has been asked to look at the relations between the organization of the judiciary in its broadest sense and the rules of criminal procedure.

Taking on this brief means looking not only at the relevant law, but casting our net wider to take in the concrete and factual elements. Thus the equipping of the different organs of criminal prosecution in terms of staff and materials is also to be understood as an element of judicial organization. Even if one conceives of the latter in as broad a sense as this, this still does not alter the fact that it is not the organization of the judiciary alone which determines the rules of criminal procedure. The framing and the fur her development of the substantive criminal law have a significant influence on criminal procedural law. This applies to the general principles of substantive criminal law, such as the importance accorded to resocialization, just as much as it does to the scope and the ingredients of the individual offences. Again, it is quite naturally of considerable import for criminal procedure if, as in the Federal Republic of Germany, minor transgressions and administrative infringements are largely classified as regulatory offences and therefore excluded from criminal proceedings.

In addition, there are of course certain postulates, fundamental to criminal procedure, which are of great moment. These may be more

(*) Senior Official in the Bavarian State Ministry of Justice, Munich; Lecturer, Faculty of Law, University of Munich

formal in nature, such as the demand that proceedings be speeded up, or more substantive, such as the demand for greater involvement of the victim. It is quite right that this topic also includes a reference to "relations." What we have here is an interactive process. It is not only the case that the organization of the judiciary influences criminal procedural law; conversely, criminal procedural law also comes to bear upon the organization of the judiciary. A particularly illuminating example here is the principle of legality which determines criminal procedure in the Federal Republic of Germany. The obligation to prosecute arising out of the principle of legality is the major cause of the overload suffered by the organs of criminal prosecution, this overload being in turn one reason for the strategies employed to ease the procedural burden of work. The subject is an extraordinarily comprehensive one. Basically, it would be quite possible to examine every aspect of court organization in the broad sense intended here with a view to ascertaining whether it exerts an influence on procedural law, or whether the aspect in question is for its part attributable to the way in which procedural law is framed.

The following account deals with numbers 1, 2.5,2.8, 2.9 and 3 of the questionnaire. It is restricted, however, to a small number of features which, in the opinion of the writer, are of special significance in the development of criminal procedural law in the Federal Republic of Germany.

1. The infrastructure of criminal justice

In the Federal Republic of Germany, the very fact that the country is organized along federative lines is a significant element in the overburdening of the organs of criminal prosecution. Whereas the substantive criminal law and statutory provisions in respect to court organization and criminal procedure come by and large within the purview of the Federation (1), it is quite decidedly the Laender which, carry the responsibility for the courts and authorities constituting the machinery of criminal justice. Thus it is essentially federal laws which decide on the quantity of business falling to the prosecuting organs, and on the procedural rules by which it is to be handled. But it is the Laender parliaments which, in the relevant Land Budgetary Act, decide on the material and staffing provision for criminal justice, and therefore on the actual conditions under which federal law is translated into practice.

This allocation of responsibilities required by the constitution carries within it the danger of placing an unreasonable workload on the prosecuting organs. An attempt is made to counteract this by seeing to it

(1) Article 74, No. 1 Basic Law (Grundgesetz = GG).

that, where federal laws affecting the organization of the criminal courts and criminal procedural law are in preparation, the Federation and the Laender practice close collaboration of a kind going beyond that which is laid down in the constitution (2). All the same, there can be no denying that the relationship between the two sides is not always an easy one.

In the Laender, the criminal courts and the departments of public prosecution, together with the social services working within the criminal justice system and the prisons, all come within the ambit of the Ministers of Justice, whereas the police fall under the Ministers of the Interior. When it comes to securing satisfactory provisions in terms of staff and equipment, the police hold the better cards. In addition to prosecution, they are also entrusted with the task of prevention. Thus when the Laender parliaments are called upon to take decisions on the equipping of the police, the traditionally powerful position of the Ministers of the Interior within the Laender cabinets effectively joins forces with the high priority enjoyed by crime prevention in public opinion.

It is not possible to give precise figures on public expenditure on criminal justice. The Laender judicial budgets do not make a clear distinction between expenditure for civil justice and for criminal justice. At the courts, the allocation of judges to the different types of business and litigation is for the most part an external administrative decision, but one taken by the elected body representing the judges at each court (judicial committee) (3). The police are similarly unable to distinguish between their two main responsibilities--prosecution and prevention. Some sort of indicator of staffing may however be provided by the following figures:

> For a total population of about 61 million, there were about 4,250 judges working in the criminal courts in 1985, 3,450 of them at the criminal courts of first instance. The number of public prosecutors (including what are termed "Amtsanwalte"--the public prosecutors at the local courts: "Amtsgerichte") was about 4,500, the number of probation officers about 1,900 (4). In the same year, approximately 26,000 officers were at work for the criminal police, and for the police altogether, about 197,000.

---

(2) Arts. 76, 77, 78 GG.

(3) Cf. section 21e of the Organization of the Courts Act (Gerichtsverfassungsgesetz GVG).

(4) More precise details are contained in the reply given by the Federal Government to the major parliamentary question (Groee Anfrage) put by the SPD parliamentary party on the workload of the courts of ordinary jurisdiction, Bundestag Document (Bundestagsdrucksache = BTDs.) 10/5317.

In all sectors of the criminal justice system, staffing is felt to be inadequate. Staff representatives and professional associations have lent public expression to their criticisms. The police and the departments of public prosecution complain that they are able to do too little in the way of actively clearing up crime; for the most part, they are obliged to restrict themselves to dealing with information provided. It is indeed true that something like 90% of all criminal proceedings arise from information given by private persons. The police and departments of public prosecution also complain that as a result of their limited capacities, it is not possible to look into every suspected offence, making full use of all conceivable investigatory approaches. Instead, investigatory priorities have to be established, which in turn means a kind of selection process. Departments of public prosecution and the criminal courts alike lament the fact that a complete clearing up of complicated cases, such as those typically to be found in the areas of economic and environmental crime, takes too long as a result of tight staffing resources. The social services attached to the courts and the prisons point out that the same kind of staffing problem makes it quite impossible to exploit all the opportunities in the resocialization of convicted persons. And those with inside knowledge of judicial administration observe that understaffing in the clerical and filing departments of courts is even more acute than in the case of criminal court judges, public prosecutors and the social services.

The complaints about the shortages just referred to are supported by academics, the press to some extent and the political parties. The inescapable fact, however, is that the budget legislation of all the Laender in the recent past has been guided by the firm belief that any significant improvement in the staffing of those organs responsible for criminal prosecution is now quite out of the question. Whilst there are certain differences among the Laender here, there is also a great common ground. The dominant factor in this restrictive attitude on the part of the Laender parliaments is the all-embracing endeavour not to increase the volume of that part of the Land budget set aside for staffing needs, and thus to retain investment options. A further argument here concerns demographic development--the assertion that the "high crime" years can now be expected to have passed their peak. It is of some significance that the criminal justice system, apart from the odd case here and there, has thus far--viewed from the outside --still managed to function successfully. The average time taken for proceedings is not on the increase--indeed, it has even dropped somewhat. It is still quite long, however. About 20% of all criminal proceedings took in excess of 6 months to be dealt with in 1985 at the local courts, which handle offences in the minor and medium categories of seriousness (the total

time here being reckoned from the day the case was passed to the department of public prosecution in question). About 5% took longer than twelve months. At the regional courts (Landgerichte), where the first instance hearings in particularly important and difficult proceedings are conducted, 70% of the proceedings took more than 6 months, 35% more than 12 months, and 15% more than 24 months (5). To this must be added the time from the commission of the offence up to the first involvement of the department of public prosecution. The duration of proceedings, it must be admitted, can only be in part attributed to inadequate staffing levels in the criminal justice system.

If we go further back into the past, we find that steps were actually taken to improve the staffing of the system. These steps were not, however, enough to keep up with the increase in business. The number of investigatory and criminal proceedings has shown a sharp increase in the past twenty years (6). There has likewise been a rise in the number of particularly voluminous and complex proceedings. Holding centre stage here are commercial crime proceedings, where the facts of the case are frequently extraordinarily complicated and can involve over 1000 injured parties. It is possible that we must anticipate a similar trend in the field of environmental criminal law.

It does not come as a surprise that federal legislation in the sphere of criminal procedural law in the last decade has been dominated by the aim of relieving the burden on the criminal justice system, guaranteeing the effective application of the criminal law even with tight staffing resources, and achieving a further speedup of the procedure. Whilst this has not produced any radical incursions into the structure of the criminal process, there have been some important shifts of emphasis and a small number of minor amendments of the law.

Most significant of all was the considerable relaxation of the legality principle (7), which traditionally governs the German law of criminal procedure. The possibility of limiting prosecution to certain specific offences among multiple offences, or to particular aspects of a complex crime (8), has been greatly extended. In the field of petty crime, there is now the possibility--where the accused gives his consent--of terminating proceedings without a conviction, an administrative fine being paid instead or some kind of work or activity performed. A condition here is that this must satisfy the public interest in seeing a sanction imposed

(5) Figures taken from BTDs. 10/5317.

(6) Figures taken from HTDs. 10/5317.

(7) On the fundamental aspects of this, see Rie, Neue Zeitschrift for Strafrecht (NStZ) 1981, 2 ff. with citations.

(8) Sections 154, 154a of the German Code of Criminal Procedure (Strafprozeordnung = StPO).

(section 153a of the German Code of Criminal Procedure--StrafprozeBordnung (StPO)). In addition, departments of public prosecution are now obliged, in all suitable cases (9), to opt for the "penalty order" (Strafbef hl) procedure, in which the judge, at the request of the department of public prosecution, lays down a fine in written, non-public proceedings and the accused can then decide whether to accept this decision or to insist on a trial.

It would be wrong to attribute these changes in the law solely to the tight staffing situation in the criminal justice system. The moving force behind sec. 153a StPO is of course to be seen in a changed assessment of minor crime and a readiness to conceive of criminal proceedings as being more a form of cooperation (10). But without the pressure created by the heavy load on the machinery of criminal justice, this breakaway from the legality principle could hardly have been achieved. Above all, without such pressure, such a breakaway would never have attained the significance it has in the work of the departments of public prosecution and the criminal courts.

It was in 1975 that the provision came into force; in 1985, as many as 200,000 sets of proceedings were terminated under it. The trend remains an upward one. Behind the endeavours to extend further the use of the penalty order procedure--the departments of public prosecution make about 430,000 requests annually for the issuing of such orders--we can perceive a changed attitude in the public nature of proceedings and the great importance in the use of the fine in cases of less serious and moderately serious crime. But it was the heavy burden weighing down upon the criminal justice system which proved the decisive factor in further extending this procedure.

The same can be said of what is probably the most important development currently taking place in German criminal procedure in the absence of a formal amendment to the law--namely, the trend on a broad front towards specific shaping of guilty plea proceedings. It is undoubtedly sec. 153a StPO which has breached the wall here (11). Agreements of the "plea bargaining" variety are foreign to German criminal procedure, governed as it is by the legality principle and the inquisitorial method. In spite of this, there is in practice a clear move towards arrangements between the parties at all stages of the proceedings, up to and including general agreement on the course of

(9) Sec. 407 subsec. 1, first sentence, StPO.

(10) Cf. Lwe-Rosenberg-Rie, StPO, 24th edition, sec. 153a, margin nos. 2, 10 with citations.

(11) Already noted in 1973 by Hanack, Gallas-Festschrift, 339, 347; cf. also Honerfeld, Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 90 (1978), 905, 917 and Lwe-Rosesnberg-Rie, op. cit., margin number 1.

proceedings and the penalty to be handed down. This is particularly true of cases of serious crime, where the application of sec. 153a StPO or penalty order proceedings are ruled out.

Generally speaking, the initiative is taken by the defence. In extreme cases, an approach is made to the department of public prosecution at the early stage of a complex investigation with an inquiry as to the sentence which would be requested if the accused were to make a confession. If what the prosecutor has in mind is compatible with the aspirations of the accused, the involvement of the court is sought. If there is then consensus in the assessment of the case, proceedings which would otherwise take years can be concluded in just a few weeks. The defendant confesses; the sentence already mooted is passed at the trial; the prosecution and the defendant forego the possibility of appeal.

For the traditional German law of criminal procedure, and for many who have grown up with it, the above sequence of events is an alien one. Without the excessive workload which the criminal justice system has been asked to shoulder, such procedural approaches would have had no chance of establishing themselves. Again, of course, it must be acknowledged that this workload alone does not provide an explanation for the trend towards such forms of cooperation.

In academic circles, there has been some critical discussion of the "arrangement" phenomenon (12). The criticism is directed less at the move towards a cooperative procedural model, even if the inherent dangers for the defence of the accused, as well as for the procedural objectives of truth and justice and the good name of the judicial system are emphasized. It is also acknowledged that the speeding up of proceedings achieved by such arrangements is desirable. What is criticized, however, is the fact that these agreements largely lack a clear basis in law at present.

Drawing the threads of the argument together, there can be no denying that the heavy load on the machinery of criminal justice--this in turn a result of the staffing shortage--has had considerable effect on criminal procedural law and its operation in the Federal Republic of Germany. Even though many of the developments in criminal procedure born of the staffing problem can be viewed in a thoroughly favourable light, this development still provides that unmistakable risks for

(12) General review in Schmidt-Hieber, Verstandigung im Strafverfahren Moglicheiten und Grezen fur die Beteiligten in den Verfahrensbsch nitten 1986; Absprache im Strafproze, Tagungsbericht (conference report), published by the BadenWorttemberg Ministry for Justice and Federal and European Matters (Ministerium for Justiz-, Bundesund Europa-Angelegenheiten) 1987; Baumanh NStZ 1987, 157; Hassecr/Hippler, Strafverteidiger (V) 1986, 360.

procedural objectives arise where a staff shortage becomes the major determining factor in the development of criminal procedure. There is thus no alternative to making suitable provision for the prosecuting agencies in terms of personnel. For the Federal Republic of Germany this in turn means that improved staffing, especially in the departments of public prosecution, must be insisted on. Quite irrespective of this, the endeavours to tighten up criminal procedure must go on, without anything being lost, of course, in the way of the procedural guarantees furnished by a state subscribing to the supremacy of law, or with regard to the possibility of offering an effective defence.

2. **The authorities and their role**

2.5 - The prosecuting authority

2.9 - The minister of justice and criminal procedure

The prosecuting service as an institution was introduced in the 19th century along the lines of the French model. It is called upon to conduct investigations in criminal matters and to decide on the bringing of the public charge. It enjoys a prosecuting monopoly (13); a private prosecution is only possible for a small number of serious crimes (14), and is only subsidiary (15). The prosecuting service is involved in both the original and appeal proceedings and is particularly responsible for conducting the prosecution at the trial. It also sees to it that sentences are duly enforced. In short, it exercises considerable and wide-ranging influence over the course of criminal proceedings (16).

The public prosecutors employed in the service are jurists who have obtained the necessary qualifications for the office of judge. They are appointed by the Minister of Justice and paid in accordance with the salary scale for judges. In some Laender, particularly in Bavaria, it is quite normal to switch from the office of judge to that of public prosecutor. At the departments of public prosecution, only the less important cases are dealt with in part by the "Amtsanwalte", as they are known. Attached to the local courts, these prosecutors do not possess the necessary qualifications for the office of judge. For the task of establishing the personal circumstances of the accused, relevant to sentencing, social workers are employed; they form what is known as the court support service ("Gerichtshilfe") (17). Specialists from the field of

(13) Sec. 15 subsec. 1 StPO.

(14) Cf. sec. 374 StPO.

(15) Sec. 376 StPO.

(16) For a comparative law study, see Leibinger in Jescheck/Leibinger, Funktion und Tatigkeit der Anklagebehorde im auslandischen Recht, 1979, 683 ff.

(17) Sec. 160 subsec. 3 (second sentence) and sec. 463 d StPO.

economics assist the departments of public prosecution in commercial crime proceedings. For the conducting of day-to-day investigations, however, and special procedures drawn from criminal science, the departments of public prosecution lack an infrastructure (they are "a head without hands"). They thus avail themselves of the police, to whom they are empowered to issue instructions (18), and the officials especially appointed to other authorities as assistants to the prosecuting service (19).

The work of the prosecuting service in conducting investigations is subject to the legality principle; neglect of the latter may lead to a criminal law sanction (20). The department of public prosecutions is required to intervene whenever--and only when--there are sufficient facts to indicate that a prosecutable offence has been committed (21), and is then obliged to conduct inquiries. Investigatory acts which involve an encroachment upon statutory rights are on principle reserved by law to the judge, although the prosecutor does as a rule have the power to take action himself in urgent cases. Witnesses and experts are obliged to appear before the prosecutor if summoned and to make a statement (22). The alleged offender, too, has to appear before the public prosecutor in response to a summons (23), although of course, he is not obliged to say anything. Upon concluding the inquiries, if a conviction appears probable, the department of public prosecution must on principle bring the public charge. Should the prosecutor erroneously presume that there is no probability of conviction, the victim can secure the preferring of charges by a court order (24).

The compulsory prosecution arising out of the legality principle is however breached in a number of statutory provisions (25). If it becomes clear that only a small degree of guilt could be established, the public prosecutor can discontinue the prosecution of minor offences where there is no public interest in such action being taken (26). Even greater significance attaches to the possibility of desisting from the prosecution of minor offences where an accused whose guilt is slight voluntarily

(18) Sec. 161, second sentence, StPO and sec. 152 subsec. 1 GVG.

(19) Sec. 152, subsec. 1 GVG.

(20) Secs. 258 a and 344 of the German Criminal Code (Strafgesetzbuch = StGB).

(21) Sec. 152 subsec. 2 StPO.

(22) Sec. 161 a subsec. 1 StPO.

(23) Sec. 163 a subsec. 3 StPO.

(24) Sec. 172 StPO--application for a court order for the mounting of a prosecution (Klageerzwingungsverfahren).

(25) Secs. 153 ff. StPO.

(26) Sec. 153 subsec. 1 StPO.

performs some kind of work or service (27). Whilst both of these cases in principle require the consent of the court for a decision not to prosecute, this does not apply to minor offences against property. Moreover, practice has shown that the courts do not as a rule withhold their consent. The possibilities opened up to the prosecuting authority by these provisions are supplemented by the general right it enjoys to refrain from prosecution on account of a sanction imposed or likely to be imposed in other proceedings (28) and also by the right to refer the victim to private prosecution for appropriate offences. The juvenile criminal law furnishes even greater opportunities for not bringing the public charge (29). The wide variety of approaches thus made available to the prosecutor is all the more significant for the fact that in none of the cases outlined is the victim able to seek a court decision ordering the mounting of a prosecution (30). Whether that can remain so, is a topic of the reform discussion now going on (31).

The departments of public prosecution are hierarchically structured. The officers of these departments are obliged to carry out the orders of their superiors (32). The following is the position within the prosecuting service: the head of the department has a right to issue instructions to all the officers of that particular department, whilst the public prosecutor general enjoys a similar right in respect to all the officers at the different departments in his area. The expression used in this case is "internal right to give orders". Alongside this we find the "external right to give orders" enjoyed by the Minister of Justice; this is connected with the parliamentary responsibility he carries. The Federal Minister of Justice is empowered to issue instructions to the Federal Prosecutor General, and the Laender Ministers of Justice to the public prosecutors of the Land in question (33). This power includes the right to establish general guidelines, and also to give orders in a specific case. The fact that the prosecuting service is bound by the legality principle, however, sets limits to the internal and external right to give orders. The latter must be justifiable in terms of the law (34). Thus they may also be given where it is a question of exercising discretion, or where a

(27) Sec. 153 a subsec. 1 StPO.

(28) Sec. 154 StPO.

(29) Sec. 45 Juvenile Courts Act (Jugendgerichtsgesetz = JGG).

(30) Sec. 172 subsec. 2, third sentence, StPO.

(31) Cf. the article by Ries already referred to, NStZ 81, 2, 9, with citations.

(32) Sec. 146 GVG.

(33) Sec. 147 GVG.

(34) Peters, Strafprozer, 3rd edition, 1981, § 23 III 3.

particular assessment is open to doubt (35) --where arguments can be found to support differing views. In assessing those issues which are of central importance at the trial, the department of public prosecution's representative in court cannot be given--and this is the widespread view today--any orders by a superior not present at the trial (36) --Orders for the handling of individual cases are rare in the day-to-day work of the public prosecution service (37). This does not alter the fact that for a long time now, demands have been made for legislation to make the prosecutor even less subject to orders from above, and in particular, to limit still further the Minister of Justice's right to issue orders. More important are general instructions and guidelines (37a). Interestingly enough, they are often the subject of a joint agreement by the Ministers of Justice and thus have nationwide validity, irrespective of the divergent policies in the field of law followed by the federal government and the various Laender governments. This is not to deny that in some Laender, general instructions may well be issued as a means of establishing legal policy emphasis in harmony with the particular views the government happens to hold in that field--an example here would be the treatment of minor crime.

A further question which has been thrown up in the reform discussion, and which also has implications for the position of the prosecutor in the criminal justice system, is whether he can be challenged--like a judge--for fear of bias by the accused. Up to now, despite voices raised in disagreement by some academics (38), this has not been presumed to be the case by the courts (39).

The prosecuting service helps in the administration of criminal justice (40), and as such, assists the work of the courts. Whether this

---

(35) Kleinknecht/Meyer, sec. 146 GVG, margin no. 3.

(36) Kleinknecht/Meyer, sec. 146 GVG, margin no. 4; Karlsruher Kommentar (KK-Schoreit), sec. 146 GVG, margin nos. 10-13; Löwe-Rosenberg-Schäfer, 23rd edit., § 146 GVG, margin nos. 10-12.

(37) Cf. Odersky, Festschrift Für Bengl, 1984, 77.

(37a) E.g. Guidelines for Criminal Proceedings and Administrative Fine Proceedings (Richtlinien fü das Strafverfahren und das Bubgeldverfahren--RiStVN); Regulations for the Enforcement of Sentences (Strafvollstrechungsordnung--StVollstrO); Directive on information given in criminal matters (Anordnung Über Mitteilungen in Strafsachen--MiStra).

(38) Roxin, Strafverfahrensrecht, 18th. edit., § 10A III 5 with citations.

(39) Federal Court of Justice (Bundesgerichtschof = BGH) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1980, 845; recently Mönchengladbach, Juristische Rundschau (JR 1987, 303 with comments by Bruns).

(40) Decisions of the Federal Court of Justice in Criminal Matters (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen--BGH St) 24, 170, 171.

means that the service always has to base its decisions on the judgments passed by the higher courts, is a debated issue. The Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof) (41) presumed that the department of public prosecution is obliged to prefer charges where the case law of the higher courts points to the probability of a conviction. In what is almost certainly the majority view today, no such obligation exists (42).

It is an acknowledged fact that the prosecuting authority is not a party to the proceedings at any stage (43). It is required not only to look into those circumstances serving to incriminate, but also those which exculpate (44). It must assist the judge in his attempts to get at the true facts and to apply the law as appropriate (45). It embodies the will of the state that justice be done, not that political power be exercised (46). The public prosecution service likes to think of itself as "the world's most objective authority" (47). This notion of public prosecution is practically uncontested in the Federal Republic of Germany wherever legal policy is made. If changes in the law are to be anticipated, then they will cautiously tend towards imprinting the judicial stamp even more firmly upon the prosecuting service, so that its special position in helping the courts to arrive at the right decision becomes even more pronounced. The wide influence exerted by the service on criminal proceedings has as its mirror-image the generally-held belief that it must never pursue any ends inimical to justice (47a).

2.8 - Police and judicial authority

The police are the most important executive organ--"the long arm" (48)--of the prosecuting service in the clearing up of crime. It is the police to whom the public prosecutor, as a rule, directs his requests for the carrying out of investigations. The police can, however, investigate without being specially asked to do so by the department of public prosecution, and indeed, must do just that by virtue of their being

(41) BGH St 15,155.

(42) Citations in Kleinknecht/Meyer, preceding sec. 141 GVG margin no. 11 and Bottke, Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 1980, 298.

(43) BGH St. 15, 159.

(44) Sec. 160 subsec. 2 StPO.

(45) Kleinknecht/Meyer, preceding sec. 141 GVG margin no. 8.

(46) Kleinknecht/Meyer, sec. 146 GVG margin no. 5.

(47) Vogel, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1974, 236.

(47a) Cf. Kleinknecht/Meyer, sec. 146 GVG margin no. 5.

(48) Federal Administrative Court (Bundesverwaltungsgericht = BVerwG) 47, 255, 263).

subject, like the public prosecutor, to the legality principle (49). Where there are sufficient facts to indicate that a prosecutable offence has been committed, the police must investigate the circumstances.

By law, however, the police are here limited to taking measures which will brook no delay (50), which means of course that they have to forward the material gathered to the department of public prosecution as quickly as possible (51).

Somewhat in contradiction to this position at law, the prosecution service has allowed the development of a practice by which the police, at least in cases of minor and moderately serious crime, generally establish all the facts first before submitting their findings to the public prosecutor. It is the latter alone, however, who decides how the investigations are to be terminated. The police must, without exception, forward to the prosecution service all the investigation files they open. Not even in the area of petty offences do the police enjoy the right to terminate proceedings of their own accord. It is the department of public prosecution which bears the responsibility for the complete and orderly conducting of investigations in all cases, and is to this extent "the master of investigatory proceedings."

In addition to collaborating in the clearing up of crime, the police have as their other major task the warding off of danger to public safety and order. This includes crime prevention. The responsibilities and powers of the police in the preventive domain are largely regulated by the Laender Police Acts. Here the public prosecutor does not enjoy a right to issue orders to the police. Where prevention and prosecution responsibilities concur--often the case where hostages are taken, for example--the prosecuting service and the police are required by a common guideline issued by the Ministers of Justice and the Ministers of the Interior to work together closely in a spirit of mutual trust. Where a conflict arises between prosecution and prevention, the principle should be observed of weighing in the balance legal entities and obligations, thus making possible a decision on which is the higher object of legal protection.

The police carry out the tasks of prosecution and prevention with no strict division between the two in organizational terms. There is, it is true, a specialized force known as the criminal police, but the job of prosecution is not restricted to them alone. The legality principle obliges all police authorities and officers to assist in prosecution. A further fund of knowledge and experience in the solving and prevention of crime is

(49) Sec. 163 subssec. 1 StPO.

(50) Sec. 163 subsec. 1 StPO.

(51) Sec. 163 subsec. 2 StPO.

offered by the police criminal bureaux, the Federal Criminal Bureau and the Laender criminal bureaux (52).

The statutory powers of the police in investigatory proceedings do not match those of the prosecuting service. In particular, witnesses and experts are not compelled to appear before the police and make a statement; an alleged offender similarly does not have to respond to a police summons. Regardless of these more restricted powers, and regardless of the prosecutor's right to issue orders and decide on the termination of proceedings, the police have managed to secure for themselves a very strong position in their relationship with the prosecuting service. This is attributable in the main to their considerably greater staffing resources, their capacity to develop a scientific approach to the problem of crime and their overall responsibility for combatting crime, including prevention. It is the police to whom the average citizen turns as a rule if he wants to report a crime. It is generally the police who elaborate investigatory strategies and decide on the areas to be concentrated on when making inquiries (53). It is above all the police who do the practical work of conducting investigations, whereas the public prosecutor in the majority of cases simply assesses and decides on the basis of the results of inquiries as placed on file by the police. In establishing priorities in the carrying out of investigations (this might be the setting up of a special commission, for example), the police also act in response to noises made in the political sphere.

In support of the important position enjoyed by the police in investigatory proceedings, repeated efforts have been made over the years in the Federal Republic of Germany to improve their position at law. Sensible proposals here were approved in 1975 by the Conferences of Ministers of Justice and Ministers of the Interior (54). They were never actually put into effect, however, since they came in for heavy criticism from both sides--departments of public prosecution as well as the police. As a result, there continues to be something of a strained relationship between what is laid down in the Code of Criminal Procedure and what really happens in practice, although it must be added that this hardly affects cooperation between public prosecutors and the police in the day-to-day business of prosecution.

The police are required to collaborate with the prosecuting service

(52) Annex A to the RiStBV.

(53) On this see Steffen, analyse polizeilicher Ermittlungstätigkeit aus der Sicht des späteren Strafverfahrens, 1976, Blanckenburg-Sessar-Steffen, Die Staatsanwaltschaft im Prozeb strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1978.

(54) Leitsätze Über die Neugestaltung des Verhältnisses Polizei--Staatsanwaltschft, DRiZ 1976, 266.

in the conducting of inquiries, whenever there are sufficient facts already available to indicate the commission of a crime (55). The preliminary stage, the work of investigating and gathering useful material for subsequent investigations is, at the moment, the province of the police alone. They hold the view that this is preventive work, not prosecution. If, on the other hand, one subscribes to the notion that what we have here is an area of activity classifiable neither as prosecution in the classical sense nor as prevention in the sense it is understood in the law relating to the police, then we still need to clarify the question of tasks and responsibilities. One can predict with some certainty that this point will continue to command a place in legal policy discussion in the Federal Republic of Germany, since ever more importance is attached to strategies employed before suspicion has hardened to the stage where an offender can be brought to account. This discussion must, in the Federal Republic of Germany, also be conducted in terms of constitutional law, as crime prevention is among the legislative competencies of the Laender.

3. Introduction of electronic data processing (EDP) at the prosecuting authorities and its effects on criminal procedure (nos. 2.5, 2.8, 3.1, 3.2, 3.4)

Following the lead of industry and administration, the prosecuting authorities in the Federal Republic of Germany are now also making endeavours to rationalize their operations by making use of EDP and thus to free staff for other tasks. The major aim being sought with EDP, however, is a speeding up and intensifying of the prosecuting process (56).

The police began as long ago as the early 1970's to develop extensive EDP systems (Inpol). In the meantime, EDP is also starting to find its way into departments of public prosecution. Employing the police EDP system in the search for wanted persons or objects is now just as much a part of daily routine as the use of electronic documentation systems in difficult and complex proceedings. For a long time now there has been an electronic central criminal register (the Federal Central Register), along with which we also have an electronic central register with road traffic data (Central Traffic Register). Already in use or in preparation are an electronic criminal files inventory held by the police, a central files inventory for the departments of public prosecution, a fingerprint data file for the police, and--for certain

(55) Sec. 152 subsec. 2 StPO.

(56) Cf. Kersten, Kriminalistik 1987, 325 ff., 357 ff; Rebmann/Schoreit, NStZ 1984, 1ff.

catagories of crime--offence/offender data files. Yet greater public interest has focused on certain electronically-assisted search methods, such as the dragnet method (57), as it is known, the computer screening of possible suspects, and police surveillance, where the technical possibilities of EDP help in the sifting of large quantities of data, unmanageable using traditional techniques, to see whether they offer clues and pointers to possible offenders.

This development has been steered only in part by new legislation relating to the law of criminal procedure. The police information systems in particular have been built up practically without any special statutory basis. A Federal Constitutional Court decision of fundamental significance in 1983 (58), in which the court, examining a population census Act, inferred from the Basic Law the citizen's right to "informational self-determination," now provides the basis for endeavours to make comprehensive statutory provision in respect to the use of electronic data processing by the prosecuting authorities. This is an extremely onerous and complex task, particularly as the subject-matter is closely bound up with corresponding questions of police preventive work needing regulation in the Laender Police Acts.

This sensitization in questions of data protection, lent expression in the judgment of the Federal Constitutional Court, also resulted in a demand for precise statutory regulations for the collection and use of what we term personal data even where no use is made of EDP. This is accompanied by a definite tendency to restrict the investigatory rights of the prosecuting authorities and thus to improve protection for the citizen's private sphere, at least when the offences in question are less serious ones.

The fears which broad circles in the population feel about the "transparent citizen," and which lie behind these demands, cannot be wholly explained in terms of a reaction to the greater use of EDP by the prosecuting authorities. The latter factor, all the same, has certainly fed these fears. The legislator will take these misgivings seriously, however ill-founded they may appear to those in the know, as he does not want there to be a loss of trust in the prosecuting agencies. This trust is, after all, the very foundation of the general public's readiness to cooperate. On the other hand, he cannot afford to weaken the prosecuting authorities, particularly as in many areas of crime (state security, terrorism, economic crime) modern technology has long since secured itself a place.

One prediction which can in any case be made is that the face of

(57) Sec. 163 d StPO.

(58) Decisions of the Federal Constitutional Court (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts = BVeerfGE 65, 1ff).

the century-old Code of Criminal Procedure will change considerably in the process of adaptation to the present-day discussion of data protection. As can be seen from the example given by the new section 163d of the Code of Criminal Procedure (dragnet search), it will hardly be possible to avoid creating extensive provisions with highly specific and dense regulatory effect.

One other thing we can also predict is that the latent conflict between the prosecuting service and the police will have to be faced up to. Up till now, the police have been collecting data entirely on their own responsibility and denying the departments of prosecution a direct right of retrieval, though they do of course provide the public prosecutor with information from the system in specific cases. Whether things can go on in this way once steps are taken to make statutory provision, is something which is going to be a difficult decision for the legislator.

4. Undercover investigations by the police and their significance for criminal procedure (nos. 3.1, 3.2, 3.4)

A striking feature of a number of more recent forms of crime is the sophistication with which the offenders camouflage themselves and the way in which backroom manipulators eschew contact even with their accomplices. This is true, for example, of such as terrorism, trafficking in drugs and weapons, offences in connection with prostitution and illegal gambling, and the theft of highly valuable objects. In cases like these, it is often only possible for the police to have any success with their inquiries by making use of reliable confidential sources ("V-Leute"--Vertrauensleute, as they are known in German) or undercover investigators. "V-Leute" are private persons, mostly from the criminal fraternity, who declare themselves ready--with or without payment--to give the police information; undercover investigators are police officers who are given a false identity and enabled to gain entry into the criminal scene, where they are expected to identify openings for further investigations. These investigatory methods--and this is in keeping with their great practical importance--have occupied not only the courts and academics, but also the legislator.

In the past, discussion focused on the question of whether and how observations by "V-Leute" and undercover agents can be made use of in criminal proceedings. The reason for this was that these persons cannot as a rule appear in criminal proceedings without endangering their lives, and certainly without making their further activity as investigators impossible. As a result, the police were in the habit of keeping secret the identity of these informants; the basis for this was a "nonavailability declaration" pursuant to sec. 96 of the Code of Criminal Procedure, combined with a refusal to permit the officers possessing the

information to give evidence. Instead, the police provided an officer who had been briefed by the confidential source or the undercover agent and was thus a "hearsay witness".

In contrast to certain views to be found in the literature (59), the courts regard the examination of a hearsay witness as admissible. At the same time, however, they have stressed (60) that any statement thus made can enjoy only limited value as evidence, since the identity of the immediate observer remains in the dark. The courts thus work on the basis that a finding detrimental to an accused can only be grounded on such a statement if corroborated by other important factors.

Again, the courts have also emphasized that the criminal courts must endeavour to ensure that "V-Leute" or undercover investigators are made available at the trial; this they can do by making sure that the mode of trial takes account of security considerations (61). At first it was presumed that, to this end, it was permissible to exclude the defence from the examination of the witness, or to so organize things that the witness could neither be seen nor heard directly at the trial. Thus there were some trials where the witness sat in a closed box, invisible to the parties, with the acoustic link to him running through a speech distorter, thus preventing recognition. In a decision by the Grand Panel of the Federal Court of Justice (62), such deviations from the course of proceedings as provided for at law were declared inadmissible. Since then, the legislators have been thinking about whether to legalize such procedures. Here one must weigh the interests of arriving at the truth against the value, for the trial, of traditional methods consistent with the rule of law. What is certain is that, at present, the courts have hardly any effective way of preventing the identity of a confidential source or undercover agent from being revealed if he is examined at the trial. Thus the police have no option but to keep these persons secret. In conducting investigations, the effort is made to structure the statement by the confidential source or the undercover agent so that it does not become the decisive factor. Experience has shown that this is usually possible.

More recently, discussion has turned to two other questions relating to the use of "V-Leute" and undercover investigators. When these persons enter the criminal scene, they are often asked, as a kind of test, to commit offences ("tests of chastity"). There has been intense discussion of whether such offences are justifiable. The conclusion

(59) Citations in Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, 24th edition, § 250 margin no. 27.

(60) A decision of fundamental importance here is BGH St 17, 382.

(61) BVerfGE 57, 250, 285.

(62) BGH St 32, 115.

reached--and this was reflected in the joint guidelines of the Ministers of Justice and the Ministers of the Interior for the use of confidential sources and undercover investigators in the prosecution process (63) --was that justification would only be possible under the conditions (applicable to all persons) set out in section 34 of the Criminal Code, and that there could be no question of adducing the interests of crime detection by way of justification.

With regard to police officers working as undercover agents, there was also some debate of what measures they and the police authorities deploying them are permitted to use in order to create and maintain their false identity. Another discussion point has been the extent to which, in fulfillment of the task entrusted to them, they may secretly take photos and make tape recordings. Work is being undertaken on statutory regulation of this question. It has also become apparent that this problem is not limited to the Code of Criminal Procedure. Not infrequently "V-Leute" and undercover investigators are used before there is any suspicion of an actual offence, this being a way of forming the suspicion which must precede criminal investigations.

As in the case of EDP, the increased use of undercover investigating officers also represents a considerable change in the traditional operating methods of the prosecuting authorities. In both instances many members of the public are afraid that the state is acquiring and storing too much knowledge about its citizens. In both areas this must be countered by clear statutory provisions which unequivocally guarantee the protection of basic rights, in particular the necessary protection of the private sphere, under the conditions prevailing today.

(63) Cf. BayJMBI 1986, 33.

LES RAPPORTS ENTRE L'ORGANISATION JUDICIAIRE ET LA PROCEDURE PENALE EN REPUBLIQUE FEDERALE D'ALLMEMAGNE

P. HÜNERFELD *

2.1 - La nomination des magistrats professionnels

La République Fédérale d'Allemagne est dotée d'une organisation judiciaire (1) répartie entre la Fédération et les Etats Fédérés. Sur le plan fédéral, il y a à considérer la Cour Fédérale de Justice (Bundesgerichtshof), à laquelle appartient en dernière instance le contrôle de l'application du droit pénal matériel et formel de la République Fédérale. Sur le plan des Etats Fédérés, la justice pénale est exercée par les tribunaux cantonaux (Amtsgerichte), les tribunaux régionaux (Landgerichte) et les tribunaux régionaux supérieurs (Oberlandesgerichte) (2).

La nomination des **juges de la Cour Fédérale de Justice** est décidée (3) en commun par le vote respectif du "comité pour l'élection des juges" (Richterwahlausschuß) et le ministre fédéral de la justice. Le comité prémentionné est composé des ministres du ressort respectif des Etats Fédérés et d'un nombre égal de membres élus par le Parlement fédéral (Bundestag). L'intervention de la part des juges se limite à la participation au "Conseil directeur" (Präsidialrat) de la Cour Fédérale.

(*) Professeur à l'Université de Freiburg/Breisgau.

(1) Voir à cet égard l'Art. 92 de la Constitution - Loi fondamentale (Gundgeserz) - de la Rép. Féd. d'Allemagne et en particulier la "Loi sur l'organisation judiciaire" du 9 mai 1975 (ci-après LOJ) (nouvelle promulgation de la loi du 21 janvier 1877) avec modifications postérieures.

(2) Voir en ce qui concerne les juridictions répressives : REIG, procédure pénale, in Fromont/Rieg : Introduction au droit allemand, République Fédérale, T. II, Paris 1984, p. 339 et s. (p. 354 et s.)

(3) Cf l'art. 95 al. 3 de la Loi fondamentale.

Ce "Conseil" (4) s'exprime sur l'aptitude personnelle et professionnelle d'un candidat sans que la prise de position lie pour autant le comité.

A l'égard des **magistrats professionnels des Etats fédérés** (5) la situation est variée. Il y a des Etats qui prévoient également la participation d'un "comité pour l'élection des juges", tandis que d'autres Etats ont placé la nomination des magistrats sous la compétence exclusive du pouvoir exécutif. La participation des juges par l'intermédiaire de leur "conseil directeur" n'est pas générale, puisqu'elle est seulement obligatoire pour la nomination d'un juge à une charge avec un traitement supérieur (6). D'un autre côté, dans l'Etat de Baden-Württemberg, faisant partie des Etats ayant opté pour l'institution d'un "comité pour l'élection des juges", il y a même une combinaison entre la participation du "conseil directeur" et celle du "comité pour l'élection des juges" de telle sorte qu'une décision en commun du ministre et du comité à l'égard de la nomination d'un juge n'intervienne seulement qu'en cas de conflit (7).

2.2 - **La participation populaire à l'administration de la justice**

L'organisation judiciaire en République Fédérale d'Allemagne continue à englober une participation populaire à l'administration de la justice malgré plusieurs réformes et des changements en faveur des systèmes de l'échevinage.

Le système classique de la **participation de jurés** (système de la collaboration limitée du jury) a déjà été abandonné par une réforme de 1924 (8). D'un autre côté, notre loi parle encore d'un "tribunal de juré" (Schwurgericht) après une réforme de 1974 (9). Il s'agit, à vrai dire,

---

(4) Sur le "conseil directeur", sa composition et ses fonctions le Paragraphe 49, n° 2 et les paragraphes 54 et suiv. de la "Loi sur la magistrature allemande" du 19 avril 1972 (ci-après L.M.A.) (nouvelle promulgation de la loi du 8 septembre 1961 avec modifications postérieures

(5) Pour cette matière, nous renvoyons à TEUBNER : Die Bestellung zum Richter in Bund und Ländern, Köln etc. 1984, p. 45 et s.

(6) Voir le paragraphe 75 L.M.A.

(7) Voir à cet égard TEUBNER (op. cit. note 5) p. 75 et p. 76 (critique d'une atteinte portée à la compétence prioritaire (du parlement) en faveur d'une cooptation négative).

(8) Voir le Décret du 4 janvier 1924 du Ministre EMMINGER. La participation populaire à l'administration de la justice pénale est désormais réduite à une participation qui correspond au modèle de l'échevin (hormis le cas d'une reconstitution transitoire du système classique de la collaboration limitée du jury en Bavière pour peu de temps après la seconde guerre mondiale)

(9) Voir la "Première loi sur la réforme du droit de la procédure pénale" du 9 décembre 1974.

d'une chambre criminelle du tribunal régional, composée de trois juges de carrière et de deux échevins (participation populaire ainsi devenue minoritaire) (10) et dotée d'une compétence légalement définie, en première instance, en matière de crimes graves (surtout contre la vie) (11).

La participation populaire à l'administration de la justice se trouve déjà sur le plan du **tribunal cantonal**, tribunal de première instance doté d'un compétence limitée (12), où le jugement des infractions de quelque importance est réservé au "tribunal d'échevins" (Schöffengericht); composé en règle générale d'un juge de carrière et de deux échevins (13), tandis que les délits mineurs sont de la compétence du juge unique (un juge de carrière) (14), sans participation populaire (15).

(10) Avant la réforme, le "Schwurgericht" un tribunal siégeant périodiquement, était composé de six jurés (échevins) et de trois juges de carrière. Puisque une décision sur la culpabilité ou sur les sanctions demande - en tant que décision prise au détriment de l'accusé - une majorité des deux tiers (Paragraphe 263 du Code de procédure pénale du 1er février 1877 ci après CPP dans sa rédaction du 7 janvier 1975, avec modifications postérieures), la réduction du nombre d'échevins leur laisse seulement par rapport aux juges de carrière une minorité capable de bloquer les magistrats professionnels. La situation au tribunal d'échevins (voir infra) est différente.

(11) Y compris les infractions qualifiées par le résultat de perte de la vie ; voir en détail l'énumération contenue dans le Paragraphe 74 al. 2 L.O.J.

(12) Voir le Paragraphe 24 du L.O.J. Le tribunal cantonal ne peut pas prononcer une peine supérieure à trois ans de prison.

(13) Voir le Paragraphe 29 al. 1 L.O.J. Selon l'alinéa 2 du Paragraphe cité, il est possible de faire participer un second juge de carrière, si cette mesure paraît nécessaire à cause de l'ampleur du procès à juger.

(14) Voir le Paragraphe 25 L.O.J. Le juge unique est compétent pour le jugement des infractions qui ne sont pas sanctionnées par une peine de prison supérieure à six mois ainsi que celles faisant l'objet d'une accusation de la part du parquet et sanctionnées par une peine de prison d'un an maximum.

(15) On doit pourtant ajouter qu'il y a dans les cas prémentionnés des infractions poursuivies sur action privée avec, comme condition préalable du procès, l'obligation de se présenter à un arbitre (Schiedsmann), qui doit engager une procédure de conciliation. Voir à cet égard et pour l'efficacité d'une telle intervention laïque, JUNG, in Rev. de Sc. Crim., 1986, p. 805. Voir aussi, à l'égard de petites infractions commises dans des entreprises, un projet de réforme élaboré par un cercle privé, portant sur un règlement de ce que l'on appelle "Betreibsjustiz", qui prévoit en rapport avec les entreprises un bureau d'arbitrage (schiedsstelle) composé de deux laïques et d'un président qui doit avoir la qualification pour la charge du juge Cf ARTZ et autres : Entwurf eines Gesetzes Zur Regelung der Betriebsjustiz, Heidelbert 1975. Le projet contient une combinaison du recours à une participation de laïques (du milieu de l'entreprise) avec une voie de décriminalisation. Bien que la conception du projet nous paraît critiquable voir Hünerfeld : Zeitschrift für die gesamte, Strafrechtswissenschaft 90 (1978). p. 905 (p. 914 et s.) - il est l'expression de perspectives typiques, selon lesquelles le laïque ne participerait qu'à une administration de la justice pénale, mais prêterait sa collaboration dans une zone de reculement de la justice pénale.

Au **tribunal régional** (16) des "chambres criminelles" sont constituées avec une participation populaire qui varie selon qu'il s'agit d'une "grande" ou d'une "petite " chambre criminelle. La "petite" chambre criminelle est composée d'un juge de carrière et de deux échevins. Sa compétence se limite à juger les appels contre les jugements du juge unique du tribunal cantonal. Les autres Chambres criminelles sont composées de trois juges de carrière et de deux échevins. La Chambre criminelle, en tant que telle, a une compétence de première instance et de jugement des appels contre les jugements du "tribunal d'échevins". Entre les chambres criminelles dotées par la loi de compétences spécifiques, il y a lieu de distinguer : la "chambre criminelle " compétente en tant que "tribunal de jurés", la "chambre criminelle" compétente pour juger certaines infractions (de moindre gravité) contre l'Etat (Staatsschutzkammer), la "chambre criminelle" créée pour le jugement des infractions du ressort de la criminalité d'affaires (Wirtschaftsstrafkammer).

Le bilan de cette esquisse est le suivant. Hormis les cas de la compétence du juge unique au tribunal cantonal, d'une part, et de la compétence des tribunaux régionaux supérieurs à l'égard du jugement des infraction graves contre l'Etat (17) d'autre part, la participation populaire à l'administration de la justice pénale englobe tous les jugements rendus en audience de première instance (18) ainsi que le jugement de tous les appels. Les tribunaux supérieurs (les tribunaux régionaux supérieurs et la Cour Fédérale de Justice) ne connaissent pas de participation populaire. La participation de laïques correspond exclusivement au **système de l'échevinage**. La collaboration des échevins se limite aux audiences de jugement du tribunal, mais les laïques y ont les mêmes droits et devoirs que les juges de carrière (19). Cependant, une consultation du dossier est strictement défendue aux échevins (20).

---

(16) Voir les paragraphes 60 et 74 et suiv. L.O.J.

(17) Voir à cet égard le Paragraphe 120 L.O.J.

(18) L'exclusion des cas d'une condamnation par voie d'ordonnance pénale doit être annotée, puisque cette voie spécifique englobe des cas relevant de la compétence du tribunal d'échevins. Voir le Paragraphe 407 CPP.

(19) Voir le Paragraphe 30 L.O.J.

(20) Cette interdiction qui correspond, malgré des critiques, à la pratique et à la théorie dominante, est liée au principe du caractère immédiat du jugement et s'explique donc par la considération que le juge laïque ne serait pas suffisamment préparé et capable de distinguer les connaissances de l'affaire, tirée du dossier, des connaissances obtenues par l'intermédiaire de la présence à l'audience. Comp. KISSEL In : Karlsruher Kommentar - Strafprozeßordung., 2 éd. 1987, annotation 2 au Paragraphe 30 L.O.J. Pour plus de détails et en faveur de l'accès au dossier, SHREIBER in welzel-Festschrift (mélanges), 1974, p. 941 et suiv.

Le rôle du juge laïque dans la pratique demeure - paraît-il - souvent assez passive (21). De même son influence sur la sentence paraît être petite. Une recherche (22) qui se rapporte aux années 1969/1970, est arrivée à quelques résultats (23), dont nous reproduisons des données concernant quelques tribunaux d'échevins et grandes chambres criminelles (tribunaux régionaux) (24). Des divergences d'opinion entre les laïques et les juges de carrière surgissaient à l'égard de la culpabilité dans 6,5% et à l'égard de la peine dans 21,1 % des cas ; finalement, les échevins avaient exercé une influence sur la sentence dans 7,6% des cas (dont 1,4% concernant la culpabilité ; 6,2% concernant la peine).

La participation populaire à l'administration de la justice pénale, que les réformes de notre siècle ont changée et réduite à l'état actuel, ne peut plus être fondée sur les raisons historiques de son implantation au 19ème siècle (**méfiance** à l'égard de la magistrature titulaire et nécessité de son **contrôle** direct par le peuple) (25). Aussi, la participation populaire est devenue de plus en plus controversée en raison de l'évolution de la procédure pénale (26), de la position et des devoirs des juges qui ont à appliquer un droit devenu de plus en plus compliqué et technique, tandis que le juge laïque, bien qu'on doive lui donner - et qu'on lui donne - (27) une préparation relativement à l'exécution de sa charge, demeure (et doit demeurer) un non-professionnel. Il y a ainsi des voix sceptiques et plutôt en faveur de l'abandon de cette institution, dont la raison d'être est réduite au "fait de son existence" (28) ou a une

(21) Cf BENZ : Zur Rolle des Laienrichters im Strafprozeß, 1982, p. 112.

(22) CASPER/ZEISEL : Der Laienrichter im Strafprozeß, 1979.

(23) Cf à l'égard de certaines réserves concernant la valeur de ces résultats relativement à la situation actuelle, JUNG, dans Mélanges 150 Jahre Landgericht Saarbrücken, 1985, p. 323 et suiv.

(24) A cause de l'état de la législation considérée (1969/1970) les grandes chambres criminelles sont à distinguer des "tribunaux de jurés" auxquels le texte ne se rapporte pas. Les indications fournies sont tirées de CASPER/ZEISEL (note 22), p. 84.

(25) Voir à cet égard JESCHECK : Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 94 (1987), p. 229 suiv. (p. 237/238).

(27) Voir à cet égard WASSERMANN : Die richterliche Gewalt, Heidelberg 1985, p. 119.

(28) Cf VOLK : Festschrift (Mélanges) für Hans Dünnebier, 1982, p. 373 suiv. (p. 389).

"valeur symbolique" (29). D'un autre côté, plusieurs voix continuent à s'exprimer en faveur de la participation populaire, tout en souhaitant les réformes nécessaires pour une meilleure mise en place de cette institution. L'aspect démocratique de l'institution est retenu (30), bien que la loi Fondamentale ne contienne pas d'obligation à l'égard de l'implantation du juge laïque. Par ailleurs, la règlementation du recrutement des échevins devrait être réformées pour pouvoir mieux correspondre à l'aspect démocratique (31). D'aucuns (32) se prononcent pour la réalisation d'une "pleine participation" populaire en connaissance du dossier et préconisent la voie du "juge laïque expert". Cependant, une réforme dans ce sens comporte aussi des risques (33). En plus, on peut ici ajouter que, d'une manière générale, il n'est pas recommandable d'incorporer l'expert au tribunal ("Sachverständiger auf der Richterbank") (34). Une telle revendication a aussi été abandonnée dans le contexte de la réforme qui apporterait la fameuse "bipartition" de l'audience de jugement (35). Ainsi, ROXIN (36) s'exprime en faveur

(29) Cf KÜHNE : Zeitschrift für Rechtspolitik 1985, p. 237 suiv. (p. 239).

(30) Voir par exemple WASSERMANN (note 27), p. 113 et suiv. (idée de la "participation" à l'égard du juge laïque).

(31) Voir pour le système en vigueur (listes avec des propositions dressées par les communes, élection des échevins pour quatre ans par le "comité pour l'élection des échevins", à distinguer de la distribution des fonctions au tribunal d'échevins et dans les chambres criminelles une année à l'avance par tirage au sort) WOLF (note 12), p.232 suiv. et pour la critique JESCHECK (note 25), p. 240-241 ; JESCHECK, loc. cit., p.249-250 propose une élection des échevins par les représentants du peuple au plan des communes et des arrondissements.

(32) Cf RÜPING : Juristische Rundschau 1976, p. 269 (p. 272 suiv.).

(33) Cf JESCHECK (note 45), p. 241-242.

(34) Voir à cet égard TRÖNDLE : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft 81 (1969), p. 84 (p.107 suiv) invoquant la différence des fonctions de l'expert et du juge ainsi que les difficultés liées à l'existence du juge naturel - voir aussi Eb. Schmidt, Juristenzeitung 1961, p. 585 suiv.

(35) Voir BAUMANN : Alternativ-Entwurf. Novelle zur Strafprozeßordnung. Reform der Hauptverhandlung, Tübigen 1985, p. 61 et suiv., se prononçant sur la composition du tribunal à l'égard de la deuxième partie des débats (essentiellement le débat sur l'application des sanctions - Rechsfol-genverhandlung - après la décision à l'égard du fait qui appartient à la première partie) pour le modèle de l'identité du tribunal (et contre le modèle d'un tribunal d'experts).

(36) note 26, p. 35.

du maintien de la participation populaire, puisqu'elle contribue à une meilleure compréhension et au renforcement de la confiance de la population à l'égard de la justice pénale. Selon JUNG (37), lejuge laïque joue une "fonction de charnière" en établissant "l'un des rares rapports efficaces entre le peuple et le droit".

Nous pensons qu'à côté de l'aspect démocratique, c'est surtout l'aspect d'une **meilleure compréhension** (et donc aussi d'une meilleure acceptation) de la justice pénale qui peut être relié à la participation populaire. On doit rattacher à cet aspect celui du contrôle du **caractère pausible du raisonnement professionnel** (38) ainsi que la confirmation des principes de l'oralité et du caractère immédiat et public du jugement pénal. Il faut, d'un autre côté, reconnaître avec JUNG (39) que le défaut de recherches empiriques sur l'importance de la participation populaire à l'administration de la justice (40) existe encore. Il faudrait aussi connaître la nature de l'évaluation du juge laïque par l'opinion publique. Et si le législateur voulait un jour exclure la participation populaire (un tel projet n'est point en vue) , on devrait d'abord avoir recherché les effets d'une telle mesure.

2.3 -Juridictions spéciales

En République Fédérale d'Allemagne, la justice pénale appartient, sans exception, aux tribunaux de droit commun. L'absence de tribunaux spéciaux ne signifie pourtant pas que le législateur aurait renoncé à toute mesure en faveur d'une spécialisation. En effet, la loi a créé à l'égard de certaines infractions des compétences spécifiques. Ainsi - nous l'avons déjà vu - certains crimes graves sont de la compétence de la chambre criminelle dite "tribunal de jurés" (41). A l'égard des infractions contre l'Etat, les cas les moins graves sont de la compétence de la chambre criminelle respective du tribunal régional concerné et, pour les cas les plus graves, la compétence des tribunaux régionaux supérieurs (42). Les infractions en matière de criminalité des affaires

(37) Rev. Sc. Crim. 1986, p. 799 (p. 807).

(38) Voir à cet égard et par exemple, JESCHECK (note 26), p. 242, 243 qui se réfère à la nécessité d'une collaboration (de la part des échevins) active, avec un esprit ouvert et une volonté de s'articuler de façon vive et objective, en ajoutant qu'il ne semble pas que les échevins se conformeraient souvent à ces exigences. D'un autre côté , cependant, nous pensons que déjà la seule présence des laïques peut exercer une influence au profit de la plausibilité du raisonnement professionnel.

(39) Note 23, p. 324.

(40) Voir à l'égard de ce défaut JESCHECK, (note 25), p. 251.

(41) Voir le paragraphe 74 al. 2 L.O.J.

(42) Voir respectivement les Paragraphes 74a et 120 LOJ.

sont de la compétence d'une chambre criminelle spéciale du tribunal régional (43).

L'histoire du "**tribunal de jurés**" explique la compétence spécifique de la chambre criminelle concernée. L'idée d'une compétence spéciale à l'égard des **infractions contre l'Etat** a également une longue tradition (44). La situation actuelle présente l'avantage selon lequel tous les cas bénéficient d'une seconde instance, non pas d'appel, mais correspondant au contrôle restreint de l'application du droit au sens de notre "Revision" (45). D'un autre côté, on peut voir un inconvénient dans le fait que le législateur a substitué à une compétence centrale au plan fédéral une compétence au plan de plusieurs tribunaux régionaux supérieurs en matière d'infractions graves, mettant en cause les intérêts de l'Etat central et dont le jugement demande des connaissances spécifiques et une concentration de l'expérience judiciaire (46).

La compétence spécifique à l'égard de la **criminalité d'affaires** est plus récente et est due au fait que le jugement de telles infractions demande des connaissances spécifiques sur la vie économique (47). Une telle spécialisation, qui met en service des qualités spécifiques acquises par l'expérience du travail judiciaire dans un ressort particulier, avait déjà été possible par l'intermédiaire du "plan de répartition des compétences" (Geschäftsverteilungsplan) que le comité directeur du tribunal doit dresser d'avance chaque année (48). Un premier pas de la réforme consistait alors en ce que plusieurs tribunaux régionaux pouvaient établir une chambre criminelle spécialisée dans l'un de ces tribunaux (49). Avec le second pas, survenu à la fin de 1978 (50), la

(43) Voir le Paragraphe 74c (Wirtschaftsstrafkammer) LOJ.

(44) Voir à l'égard des particularités de l'évolution historique à partir des années 70 du dernier siècle, W. WAGNER dans Festschrift (Mélanges) für Eduart Dreher, 1977, p. 625 et suiv.

(45) Cette compétence de deuxième instance appartient dans tous ces cas à la Cour Fédérale de Justice.

(46) Voir à l'égard de la critique W. WAGNER(note 44), particulièrement, p. 643 suiv. Ajoutons qu'une réforme dans le sens de la compétence d'un tribunal central pourrait aussi prévoir la possibilité d'une seconde instance (au sens limité de notre "revision").

(47) Voir sur l'importance d'une telle spécialisation et concentration TIEDEMANN : Wrischaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, T. 2 1976, p. 173.

(48) Voir le Paragraphe 21e LOJ et, pour l'utilisation de cette voie à l'égard d'infractions du ressort de la criminalité d'affaires, SCHÄFER dans Löwe-Rosenberg : Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 23 ème éd., T. 5, 1979, annotation 1 auprès du Paragraphe 74c LOJ.

(49) Cette phase de la réforme fut initiée par une loi du 8 septembre 1971.

(50) La réforme fut apportée par la Loi sur la modification de la procédure pénale du 5 octobre 1979. Voir sur cette réforme KATHOLNIG : Neue Juristische Wochenschrift 1978, p. 2375 (p. 2376 et suiv.).

réforme a apporté la constitution d'au moins une chambre spécialisée au niveau de chaque tribunal régional, en retenant tout de même la possibilité qu'il puisse y avoir pour plusieurs tribunaux régionaux une telle chambre spécialisée (51). Le comité directeur du tribunal doit correspondre à l'organisation judiciaire et déterminer à l'avance, pour chaque année, les juges qui appartiennent à la chambre spécialisée. La désignation annuelle des juges de carrière concernera, en général, les magistrats qui ont déjà acquis quelque expérience spécifique et qui approfondiront cette expérience au cours de désignations successives. D'un autre côté, les échevins sont tirés à l'avance sur la liste générale des échevins. Ce recrutement ne prend pas en considération une formation spécifique. Le recours à des échevins non spécialisés a conduit à une discussion, opposant les adversaires à toute participation populaire aux partisans de la spécialisation des échevins (Wirtschaftsschöffen) (52). Nous pensons cependant que la suppression des juges laïques ne peut être dissociée de la question générale de la participation populaire à l'administration de la justice pénale (53). Quant à la question de la spécialisation, une telle revendication ne paraît pas plus recommandable (54).

---

(51) Voir sur les chambres spécialisées l'article "Wirtschaftsstrafkammer" de KATHOLNIG, publié dans Krekeler : Handwörterbuch des Wirtschafts - und Steuerstrafrechts, 1987, classeur à feuilles mobiles, l'article cité étant paru en 1985. Selon l'information de l'auteur, sur les 13.244 procès pénaux rendus par les tribunaux régionaux en 1983, 832 étaient des procès concernant la criminalité d'affaires correspondant au Paragraphe 74c LOJ (6,28 %). Pour préciser le rôle des chambres criminelles compétentes en matière de la criminalité d'affaires, il faut encore dire que ces chambres n'ont pas seulement la compétence de première instance dans les cas de compétence du tribunal régional, mais encore la compétence de juger les appels contre les jugements du tribunal d'échevins dans des cas précis (La compétence de première instance résulte dans ces cas des règles générales de la compétence du tribunal cantonal).

(52) Voir sur ces questions KATHOLNIG, In Zeitschrift für Wirtschaft-Steuer-Strafrecht (Wistra) 1982, p. 91 suiv.

(53) Il ne peut donc pas s'agir de poser cette question isolément pour la participation populaire à l'égard du jugement de la criminalité d'affaires. Voir aussi KUBSCH In Deutsche Richterzeitung 1984, p. 190 et suiv. et pour le renvoi au problème général de la participation populaire TIEDEMANN (note 47) p. 175 suiv.

(54) Voir KATHOLNIG (note 52), p. 92 et suiv. (danger d'une méfiance du peuple à l'égard de ces chambres spécialisées, possibilité d'une tendance des échevins spécialisés de bagatelliser des infractions du ressort respectif, contradiction au principe de la représentativité des échevins, danger que ces échevins spécialisés pourraient prendre le rôle d'experts sur le tribunal des juges - voir aussi notre note 34).

La spécialisation décrite (55) se limite au plan des conpétences. Les chambres criminelles spécialisées apliquent les règles de procédure commune.

2.4 - Le juge suprême

La Cour Fédérale de Justice (Bundesgerichtshof) (56) n'est ni un tribunal de première instance ni un tribunal d'appel. Elle est compétente pour décider les recours déposés contre les jugements rendus en première instance par les tribunaux régionaux et les tribunaux régionaux supérieurs (57). Ces recours se limitent au contrôle de l'application du droit pénal matériel et formel et correspondent, dans la terminologie de notre procédure pénale, au recours de "Revision" (58). Le contrôle effectué à propos des cas jugés en première instance par le tribunal cantonal et en deuxième instance - jugement d'appel (59) - par les tribunaux régionaux, est de la compétence des tribunaux régionaux supérieurs. Cependant, si ces tribunaux visent une décision qui

---

(55) Nous ne pouvons pas nous occuper de la discussion relative à d'autres questions sur la spécialisation, à l'égard notamment du "plan de répartition des compétences" (Geschäftsverteilungsplan), que le comité directeur du tribunal doit dresser d'avance chaque année, ainsi que des avantages et des inconvénients d'une spécialisation retenus au Cinquième Congrès International de la Magistrature en 1974 à Florence (voir à cet égard le rapport dans Deutsche Richterzeitung, 1974, p. 376).

(56) Voir à l'égard de la Cour Fédérale de Justice les Paragraphes 123 suiv LOJ.

(57) Voir le Paragraphe 135 LOJ. Pour préciser, deux remarques s'imposent : s'agissant d'un des cas (rares) du contrôle d'une norme de droit contenue dans la législation d'un Etat Fédéré, ce contrôle appartient aux tribunaux régionaux supérieurs de l'Etat concerné (voir le Paragraphe 121 al. 1 numéro 1c LOJ) ; puisque nous devons nous limiter aux recours contre un jugement, nous ne considérons pas la compétence de la Cour Fédérale à l'égard de la décision des réclamations (Beschwerden), prévue au Paragraphe 135 al. 2 LOJ.

(58) Voir à cet égard les Paragraphes 333 suiv. CPP.

(59) "Berufung". Voir à l'égard de ce recours, les Paragraphes 312 suiv. CPP. La limitation d'une telle "seconde instance sur les faits" (Tatsacheninstanz) aux jugements rendus par le tribunal cantonal s'explique par la considération que la composition plus large des tribunaux supérieurs (tribunal régional, tribunal régional supérieur) permet plus de diligence à l'égard de la formation d'un jugement et permet donc de renoncer à la possibilité d'un recours comportant une nouvelle audience sur les faits, tandis que la procédure au plan du tribunal cantonal, qui s'occupe de la criminalité moyenne, "de tous les jours", revêt nécessairement un certain caractère sommaire. Voir ROXIN (note 26), p. 333.

s'écarterait de la décision d'un autre tribunal régional supérieur ou d'une décision de la Cour Fédérale, ils sont obligés de présenter l'affaire à la Cour Fédérale (60).

La règle énoncée se rapporte au maintien de l'unité du droit (61). La mission de la Cour Fédérale n'est pourtant pas limitée au devoir d'assurer cette unité, mais englobe aussi la réalisation de la justice dans le cas d'espèce (62). Il convient même de noter que le contrôle qui correspond à notre "Revision" a évolué dans le sens d'une révision élargie (erweiterte Revision), englobant un certain contrôle de la constatation des faits et de l'appréciation des preuves (63). D'autre part, il faut préciser que si la Cour Fédérale se trouve normalement face à l'alternative de rejeter le recours, soit de casser le jugement et de renvoyer l'affaire au juge du fond - à une autre chambre du tribunal concerné ou à un autre tribunal de la même catégorie (64) -, il y a aussi des exceptions en vertu desquelles la Cour Fédérale peut décider elle-même de l'affaire (65). Le recours de la "Revision" peut être formé à l'égard de tous les jugements, compte tenu des règles de compétence prémentionnées. Le recours portant sur le droit matériel ne demande pas de spécification contrairement au recours portant sur la procédure. Il importe en ce sens de préciser par quels faits telle norme de la procédure a-t-elle été violée ? Hormis les cas d'une "illégalité absolue" (absolute Revisionsgründe) (66), le succès du recours en "Revision" dépend non seulement du constat d'une violation de la loi, mais encore d'un rapport de causalité entre ce défaut et le jugement (67).

A la Cour Fédérale sont constituées des chambres criminelles (Strafsenate) (68). Il y en a cinq, dont quatre au siège de la Cour

---

(60) Voir le Paragraphe 121 al. 2 LOJ.

(61) A cet aspect appartiendront aussi nos remarques ci-après sur les différentes chambres de la Cour Fédérale.

(62) Voir à l'égard de cette double mission (opinion dominante) KLEINKNEKHT/MEYER, note 3 avant le Paragraphe 333 CPP.

(63) Voir sur cette évolution (en rapport avec la "Sachrüge") p. ex. HANACK In Festschrift (Mélanges) für Hans Dünnebier, 1982, p. 301 (303 suiv.).

(64) Voir en détail le Paragraphe 354 al. 2 CPP. Cette mesure veut prévenir l'émegence d'opinions préconçues qui pourrait exister si l'affaire était de nouveau jugée par le même juge du fond. D'autre part, pour préparer ce nouveau jugement, les nouveaux juges ont besoin de plus de temps.

(65) Voir le Paragraphe 354 al. 1 CPP (par exemple : acquittement de l'accusé).

(66) Voir l'énumération de ces cas au Paragraphe 338 CPP.

(67) Voir le Paragraphe 337 CPP et ROXIN (note 27), p. 346.

(68) Voir le paragraphe 130 LOJ.

Fédérale à Karlsruhe, tandis que la cinquième travaille à Berlin (69). Dans le cadre du contrôle des jugements, chaque chambre est composée par cinq juges professionnels (70). L'aspect de la préservation de l'unité du droit a conduit à la mise en place des institutions suivantes (71) : la "Grande chambre criminelle", qui doit statuer dans les cas où une chambre criminelle veut s'écarter de la décision soit d'une autre chambre criminelle soit de celle de la "Grande chambre criminelle" ; la "Grande chambre réunie" de la Cour Fédérale, qui statue lorsque l'unité du droit est en cause au niveau des chambres criminelles et civiles du tribunal enfin la "chambre réunie" des tribunaux supérieurs fédéraux (72) en cas de divergence au niveau de ces juridictions.

Les problèmes dont connaît la Cour Fédérale sont dûs au grand nombre de recours. En 1963 le nombre minimum de recours était de 2.320. Ce nombre a considérablement augmenté depuis, surtout à partir des années 1970, pour atteindre en 1983 le nombre de 4.091 (73). Un tel nombre de recours correspondait à 41,3% des jugements rendus cette année-là en première instance par les tribunaux régionaux et par les tribunaux régionaux supérieurs. Au cours de cette même année 1983, la Cour Fédérale a statué sur 3.963 recours, dont 82,5% ont été rejetés. L'explication plus détaillée de ce travail pourra mettre en lumière l'aspect problématique d'une telle situation. Seulement 8,7% des cas ont été tranchés par un arrêt (à la suite d'une audience), tandis que 91,3% des recours ont été résolus, non pas par un arrêt, mais par une "résolution" (Beschlß) des chambres concernées en application des alinéas 2 et 4 du Paragraphe 349 CPP (74). Dans 12,5% des recours, il s'agissait de décisions en faveur du requérant (75). Cependant, 78,8% des recours ont été ainsi rejetés par défaut manifeste de fondement (76).

---

(69) Entre 1954 et 1956 (alors que la Cour Fédérale avait encore une compétence de première instance dans des cas de crimes contre l'Etat), il y avait à la Cour Fédérale une 6ème chambre, Voir WAGNER (note (45), p. 643.

(70) Voir le Paragraphe 139 al. 1 LOJ.

(71) Voir le paragraphe 136 LOJ.

(72) Voir l'art. 95 al. 3 de la Loi Fondamentale et la loi respective du 19 juin 1968.

(73) Les données suivantes de la pratique sont tirées d'un article que le juge à la Cour Fédérale de Justice Fritz MEYER a publié dans : Strafverteidiger 1984, p. 222 et s.

(74) Nous ne parlons donc pas de la possibilité de rejet d'un recours par la voie d'une "résolution" en raison de l'irrecevabilité du recours ("Unzulässigkeit"), cas du Paragraphe 349 al. 1 du CPP.

(75) Le paragraphe 349 al. 4 CPP permet de faire droit à un recours de l'accusé par la voie d'une "résolution", s'il y a unanimité des juges sur cette question.

(76) Cas de l'application du Paragraphe 349 al. 2 CPP (Beschlußverwerfung). Voir à ce propos, entre autres, l'article de RÖMER publié dans Monatsschrift für Deutsches Recht 1984, p. 353 et suiv.

La voie simplifiée du rejet d'un recours a été introduite en 1922 dans le but de permettre le traitement du grand nombre de recours déposés (77). Pour ne parler que des cas de rejet (78), il convient d'abord d'indiquer les conditions précises de cette procédure abrégée (79), dont l'état actuel est partiellement le résultat de modifications postérieures, introduites dans l'intérêt d'une meilleure protection du requérant. Il faut une requête parallèle et motivée du Ministère public, qui en donne connaissance au requérant. Celui-ci peut alors présenter un mémoire en réplique dans le délai de deux semaines. Enfin, il importe de relever que le rejet du recours comme étant manifestement mal fondé suppose une décision unanime des cinq juges de la chambre criminelle. L'évolution de la pratique montre que le pourcentage de ces rejets augmente. Si pour l'année 1966 le taux était de 72,4% (80), il atteint à partir de 1971 80% ou plus. Le pourcentage est aussi dépendant du nombre croissant de recours devant la Cour Fédérale de Justice (81).

Face à cette situation inquiétante, on doit se demander comment y remédier. Il ne paraît guère possible de laisser tomber, tout simplement, la possibilité de rejeter un recours par une "résolution" basée sur le manque manifeste de fondement du recours, puisque cette mesure demeure indispensable. Il s'agit plutôt d'arriver à une proportion adéquate entre le nombre de recours et la capacité de traiter de la Cour Fédérale. Une restriction juridique de la possibilité d'introduire le recours de "Revision" n'est pourtant pas recommandée et serait en opposition avec la conception voyant dans ce recours aussi (ou même surtout) (82) un recours au service de la justice du cas concrêt. Cependant, il n'est pas non plus souhaitable de chercher la solution dans

---

(77) Loi du 8 juillet 1922 ("Lex Lobe").

(78) La possibilité d'une "résolution" en faveur de l'accusé (voir note 76) fut créée par une loi du 19 décembre 1964.

(79) La "résolution" respective ne demande pas de motivation. Un renvoi bref à la situation juridique reste possible et est souvent indiqué et utilisé. Voir HANACK dans LÖWE/ROSENBERG StPO, 24ème éd., note 21 auprès du Paragraphe 349 du CPP.

(80) Nous nous rapportons toujours aux dates fournies par Fritz MEYER (note 73).

(81) Voir à l'égard de cette dépendance, Fritz MEYER In Festschrift (Mélanges) für Wolfgang TEIDLER, T. 1, 1987, p. 87 et 88. Voir aussi HANACK (note 63), p. 308 qui observe qu'il lui paraît sûr que la pratique de tels rejets (Beschlußverwerfung) est utilisée par les tribunaux aussi comme un moyen de réguler le travail, tout en appuyant d'un autre côté sur le fait qu'il y a - ce que les avocats ne contestent plus - un taux considérable de recours vraiment "manifestement non-fondés".

(82) Voir à l'égard d'une résolution dans ce sens aux 52ème Journées du "Deutscher Juristentag" (1978), Reiß In Zeitschrift für Rechtspolitik 1979, p. 193 (p. 195).

une augmentation des chambres criminelles de la Cour Fédérale. Une telle solution impliquerait non seulement des difficultés au plan budgétaire, mais elle serait surtout nuisible au maintien de l'unité du droit, puisque la Cour Fédérale a déjà atteint, avec le nombre actuel de ses chambres, une limite au-delà de laquelle un accomplissement satisfaisant de ce devoir ne serait plus possible (83).

Il paraît pourtant y avoir une autre voie pour apporter une amélioration. Pour arriver à une réduction du nombre de recours, il faudrait envisager une amélioration de la situation au niveau des avocats (84). Mis à part le fait que certains recours poursuivant le seul but de retarder le moment où le jugement passera en force de chose jugée, on constate souvent un défaut de qualité au plan des motifs. En effet, la tâche de motiver un tel recours est difficile et on pourrait se demander s'il n'y aurait pas lieu de développer une spécialisation en cette matière (85). En tout cas, les mesures à adopter devraient avoir pour conséquence une diminution du nombre de recours (Siebfunktion) et une motivation plus soignée.

2.6 - L'autorité de mise en accusation

Le procès pénal de la République Fédérale est basé sur le principe de l'acusation. En fin d'instruction préparatoire, le Ministère public doit donc se prononcer sur la question et décider si l'affaire est à classer ou si les recherches ont conduit à des charges suffisantes (Hinreichender Tatverdacht) pour justifier l'accusation (86). L'acte d'accusation du Ministère public est porté devant le tribunal compétent, mais le tribunal se prononce, avant l'audience, sur la question de l'ouverture de cette phase du procès (admission de l'accusation). Cette décision appartient à la phase dite "intermédiaire" du procès pénal (Zwischenverfahren) (87) à laquelle notre loi permet de renoncer seulement dans des cas simples, qui peuvent être jugés dans un "procès accéléré" (88).

La décision sur l'ouverture de la phase principale du procès pénal résulte d'un contrôle non seulement d'éventuelles irrégularités d'ordre processuel mais encore de la présence de charges suffisantes. En vue de

---

(83) Cf FEZER : Möglichkeiten einer Reform der Revision in Strafsachen, 1975, p. 269. Voir aussi Römer (note 76), p. 359.

(84) Voir à l'égard des considérations suivantes RÖMER (note 76), p. 359 et suiv.

(85) La discussion pourrait traiter de la création d'un avocat spécialisé en droit pénal (Fachanwalt für Strafsachen) ou prévoir une sélection par l'intermédiaire d'une agrégation d'avocats au tribunal de "Revision".

(86) Voir le Paragraphe 170 du CPP.

(87) Voir les Paragraphes 199 et suiv. CPP.

(88) Voir les Paragraphes 212 et suiv. CPP.

préparer la décision, l'acte d'accusation est communiqué à l'inculpé à qui il est fixé un délai pour demander un complément de preuves ou présenter des objections contre l'ouverture de la phase principale du procès. S'agissant d'un cas de défense obligatoire, c'est aussi au dernier moment qu'un défenseur d'office est désigné à l'inculpé qui n'a pas encore constitué un défenseur de son choix (89). Le tribunal est celui qui est compétent pour le jugement de l'affaire. Cependant la décision est prise uniquement par le (ou les) juge(s) professionnels. L'arrêt de mise en accusation n'est pas susceptible de recours. Cependant, si le tribunal décide de ne pas procéder à l'audience, le Ministère public peut déposer un recours.

L'institution de la décision du tribunal à l'égard de l'ouverture de la phase principale du procès pénal demeure controversée (90). Il y a des voix, en premier lieu, qui n'y attachent pas grande importance, les contrôles n'étant pas effectués de façon stricte. Il faut pourtant reconnaître que ce contrôle demeure important (91) et si, en pratique (92), les tribunaux ne décident que dans 1% des cas un rejet de l'ouverture de la phase principale, il nous semble que l'utilité de la phase intermédiaire du procès pénal n'en est pas mise en cause (93). En second lieu, une critique plus importante s'affirme pourtant puisque la décision sur l'ouverture de la phase principale du procès est confiée au tribunal, qui aura par la suite à juger l'affaire concernée. Certains craignent le danger d'un parti pris, d'un préjugé au détriment de la neutralité qui doit régner devant le tribunal de jugement. En conséquence à côté des partisans de la suppression (94) des voix s'expriment en faveur d'une séparation des compétences quant à la décision sur l'ouverture de la phase principale et quant au jugement postérieur (95). Une telle mesure présenterait cependant des

(89) Voir le Paragraphe 141 al. 1 du CPP.

(90) Voir à cet égard C. ERNST. Das gerichtliche Zwischenverfahren nach Anklageerhebung, 1986, surtout p. 71 et suiv.

(91) Voir aussi ROXIN (note 26), p. 248.

(92) Voir C.ERNST (note 90), p. 72.

(93) Voir pour l'argument que l'existence de ce contrôle oblige le parquet aux plus grands soins, MEYER-GOßNER In Löwe-Rosenberg, St Po, 23ème éd., T.2, 1978 ; annotation 12 avant le Paragraphe 198 du CPP. La fonction de cette phase du procès est même d'une importance accrue aprés la suppression du juge d'instruction (gerichtliche Voruntersuchung) par une loi du 9 décembre 1974.

(94) Voir les voix citées par MEYER-GOßNER (note 93), qui est de son côté un défenseur du régime actuel.

(95) Voir ROXIN (note 26), p. 248 et pour une discussion approfondie C. ERNST (note 90), p. 130 et suiv.

inconvénients. Elle exigerait des charges supplémentaires de juges et l'on pourrait craindre que cet autre tribunal exerce un contrôle moins efficace puisque l'affaire ne le regarde plus (96). Dans la mesure où un tel contrôle est une mesure de protection pour l'accusé et où l'on peut faire confiance à la capacité des juges à distinguer rigoureusement la décision sur l'admissibilité de l'accusation (97) de la question au fond, nous inclinons plutôt vers le maintien du régime actuel.

2.7 - La défense

L'inculpé peut, à n'importe quelle phase du procès pénal, **engager un défenseur** (98). Il peut engager comme défenseur tout avocat agréé par un tribunal de la République Fédérale (99), de même que tout professeur de droit enseignant dans une université allemande. La possibilité d'engager une autre personne dépend d'une autorisation spéciale du tribunal (100). Il convient de rappeler les cas précités **d'engagement obligatoire d'un défenseur.** La défense n'est pas toujours obligatoire, mais elle l'est dans les cas où l'audience de première instance a lieu devant le tribunal régional ou le tribunal régional supérieur ainsi que dans nombre de cas spécifiques et, en général, dans tous les cas où la collaboration d'un défenseur paraît nécessaire à cause

(96) Voir aussi MEYER-GOßNER (note 93) ; anotation 14 avant le Paragraphe 198 et PFEIFFER In Karlsruher Kommentar (note 20), introduction, numéro 43.

(97) Puisque notre système présuppose nécessairement une préparation de l'audience de jugement, le juge doit aussi faire la distinction entre ses connaissances tirées des actes du procès et le résultat de l'audience. Sans vouloir méconnaître la différence qu'il y a à l'égard de l'admission de l'accusation, nous arrivons pourtant là aussi à une situation problématique, sans pouvoir en sortir sinon en faisant confiance aux vertus professionnelles de nos juges.

(98) Voir le Paragraphe 138 du CPP. Le droit d'engager plusieurs défenseurs a été (en 1974) limité au nombre de trois. D'un autre côté, pour éviter des cas de conflit, il est interdit au défenseur de défendre en même temps plusieurs inculpés du même fait ou plusieurs inculpés dans un même procès (voir le Paragraphe 146 du CPP dans sa rédaction de 1987). Voir à l'égard des problèmes posés par de telles limitations, ROXIN (note 26), p. 105 et suiv.

(99) Cependant, les avocat agréés à la Cour Fédérale de Justice peuvent seulement plaidés devant la Cour Fédérale de Justice, les autres tribunaux fédéraux supérieurs et le Tribunal Constitutionnel Fédéral. Voir le Paragraphe 172 du "Statut Fédéral de l'Avocat", Bundesrechtsanwaltsordnung, loi du 1er août 1959 (modifications postérieures).

(100) Voir en détail le Paragraphe 138 al. 2 du CPP (en cas de défense obligatoire, si la personne n'appartient pas à la catégorie des personnes qui peuvent être désignées comme défenseur, l'admission d'une autre personne est seulement possible).

de la gravité du fait ou de la difficulté - de fait ou de droit - de l'affaire (101). Si l'inculpé n'a pas engagé lui-même de défenseur de son choix, un défenseur lui est désigné par le Président du tribunal, au plus tard avec la demande faite à l'inculpé de se déclarer sur l'acte d'accusation (phase intermédiaire du procès pénal à laquelle se rapporte le point précédent de ce rapport).

Le défenseur n'est pas un représentant unilatéral des intérêts de l'inculpé, mais un "organe indépendant de l'administration de la justice" (unabhängiges Organ der Rechtspflege) (102). Bien sûr, le défenseur doit intervenir exclusivement dans l'intérêt de la défense. Il doit entreprendre tous les efforts pour faire valoir les droits de l'inculpé et pour garantir, en particulier, que toutes les considérations de fait et de droit qui militent en faveur de son client soient présentes au procès. La position du défenseur lui interdit cependant le recours au mensonge ainsi que des agissements allant dans le sens d'un obscurcissement ou conduisant à dénaturer les preuves (Verdunkelungsmaßnahmen). A la différence de la position du Ministère public, dont le devoir d'objectivité oblige à la considération des circonstances qui militent contre et de celles qui militent en faveur de l'inculpé, la mission du défenseur est unilatérale pour n'avoir en vue que les circonstances en faveur du prévenu. Elle demeure néanmoins rattachée aux valeurs de la vérité (103) et de la justice et se trouve donc limitée par les exigences correspondantes. Il n'est pas possible de développer ici toutes les controverses soulevées à l'égard de la conception du défenseur en tant "qu'organe indépendant de l'administration de la justice". On doit, avec le courant dominant, maintenir cette position de principe et reconnaître que la mission du défenseur remplit ainsi également une fonction dans l'intérêt public. Cette position a aussi des répercussions sur les droits du défenseur et sur l'efficacité de son travail. Nous nous référons à titre

---

(101) Voir le Paragraphe 140 du CPP.

(102) Voir le Paragraphe 1 du "Statut fédéral de l'avocat" (note 100). Voir à l'égard de l'importance des conséquences et de la discussion de cette position, ROXIN (note 26), p. 96 et suiv. et pour une exposition plus détaillée (évolution et état actuel) BEULKE: Der Verteidiger im Strafverfahren, 1980, p. 164 et suiv. BEULKE n'appartient cependant pas à ceux qui partent de cette conception pour en déduire les conséquences. Il prend appui sur une recherche des fonctions du défenseur pour arriver à une "théorie restreinte de l'organe" par la voie de conclusions (voir l'oeuvre citée, p. 31 suiv. et p. 200 et suiv.).

(103) Tout de même, dans le cas d'un aveu confidentiel de la culpabilité, le défenseur demeure en droit de plaider la non-culpabilité de l'inculpé sur la base d'un manque de preuves à la fin des débats. Puisque toute condamnation n'est possible que sur la base des principes du droit de la procédure pénale, on peut même parler d'un devoir de l'avocat de plaider ainsi ; dans ce sens ROXIN (note 26), p. 99 et suiv.

d'exemple, au droit de consulter le dossier, droit qui appartient au défenseur et non à l'inculpé (104). Sans pouvoir élaborer d'autres questions, il est de toute évidence qu'un abandon de principe de la position décrite du défenseur devrait conduire à une autre procédure pénale à l'égard de ses droits.

Nous devons terminer nos brèves remarques à l'égard de la défense par quelques observations se rapportant à la défense obligatoire et au nombre toujours croissant d'avocats en République Fédérale d'Allemagne.

La relation entre le défenseur et l'inculpé devant être une relation de confiance, il est d'importance que les présidents des tribunaux tiennent compte, dans la mesure du possible, des préférences dans la désignation du défenseur de l'inculpé (105). Puisqu'il est aujourd'hui généralement reconnu que la phase préparatoire du procès pénal est souvent décisive, la désignation plus précoce d'un défenseur est revendiquée à juste titre (106).

Il importe de s'occuper, en République Fédérale d'Allemagne, de ce que l'on appelle la "Anwaltsschwemme" (la "crue" d'avocats). En effet, leur nombre a bien augmenté. Si en 1952 on en comptait 15.756 (107), le nombre des avocats est passé en 1966 à 20.543 pour atteindre, en 1984, 46.943 et en 1987 50.247 (108). Il est évident qu'une telle croissance pose des problèmes et met en cause la base économique, c'est à dire à la fois l'indépendance du travail et de l'avocat. A cet égard, HASSEMER observe (109) qu'il faudrait rechercher plus exactement ce qu'il appelle la "situation d'acquisition" (Akquisitionssituation) des avocats. D'autre part, il pourrait être

---

(104) Voir à l'égard de cet exemple BEULKE (note 102), p. 89 et suiv. Si on voulait - par exemple de lege ferenda avec ROXIN (note 26) p. 113, - donner ce droit aussi à l'inculpé, une telle réforme devrait nécessairement impliquer des mesures spécifiques de protection. Nous ne pouvons pas entrer dans les détails ; il s'agissait seulement de donner l'exemple d'un droit du défenseur qui est lié à la qualité de sa position.

(105) Voir à cet égard ROXIN (note 26), p. 106 et pour des revendications bien plus avancées, WELP : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 90 (1978), p. 101 (p. 108 et suiv.)

(106) Il y a déjà plusieurs cas et possibilités de désignation d'un défenseur dans la phase préparatoire, mais la situation de l'inculpé peut être améliorée. La revendication d'une désignation avant le premier interrogatoire de l'inculpé (voir aussi la résolution 1 du groupe de travail des 7èmes Journées des défenseurs, publiée dans : 7. Strafverteidigertag, 1983, p. 99) nous paraîtrait en principe fondée.

(107) Voir les chiffres publiées dans BRAK-Mitt. 1985, p. 151.

(108) Voir à l'égard de ces chiffres pour 1987, BRAK-Mitt, 1987, 74.

(109) In : Zeitschrift für Rechtspolitik 1980, p. 326 (p. 327).

souhaitable d'améliorer la formation professionnelle et la spécialisation des avocats (Fachanwaltschaften) (110). Nous devons nous limiter au renvoi à ces questions que la recherche des rapports entre l'organisation judiciaire et le procès pénal ne devra pas perdre de vue.

(110) Voir les indications de BLANKENBURG, Anwaltsblatt 1987, 204 (208 suiv., L'amélioration de la formation pourrait peut-être consister en l'introduction d'un "assessoriat d'avocat" (Anwaltsassessoriat) pour les débutants. L'introduction de cours spécifiques et de diplômes pourrait être reliée à un échelonnement conduisant à plus de spécialisation au sens de "Fachanwaltschaften" (qui existent déjà pour certains secteurs). BLANKENBURG ne donne pas de précision quant à l'avocat-défenseur. Nous avons cependant déjà fait allusion à l'intérêt de la spécialisation du défenseur en traitant des questions reliées au grand nombre de recours ("Revision") auxquels la Cour Fédérale doit faire face (voir note 85).

LES RAPPORTS ENTRE L'ORGANISATION JUDICIAIRE ET LA PROCEDURE PENALE EN ROUMANIE

C. BULAI * et N. ILIESCU **

I - NOTIONS FONDAMENTALES

Dans la République Socialiste de Roumanie, selon la législation en vigueur et en pleine concordance avec la doctrine juridique, la justice en général, - et par là même la justice pénale -, est considérée comme une forme fondamentale de l'activité de l'Etat. La Constitution et la Loi pour l'organisation judiciaire (loi n° 58/1968) prévoient que la justice est administrée par les instances judiciaires et que ces organes ont la tâche de défendre le régime social et étatique, les droits et les intérêts légitimes des personnes et d'assurer le respect des lois par les organes de l'Etat, les institutions, les entreprises et les organisations économiques d'Etat, les coopératives et les autres organisations sociales, par tous les citoyens ainsi que par toutes autres personnes physiques ou juridiques. La loi prévoit également que par leur activité judiciaire, les instances éduquent les citoyens dans l'esprit du dévouement envers la patrie, du respect des lois et des règles de conduite sociale, du soin tout particulier pour la propriété socialiste, de l'attitude correcte envers les devoirs de citoyen.

Bien sûr, administrant la justice par l'application de la loi pénale, les organes judiciaires contribuent à la réalisation du but de la loi pénale et du procès pénal, à savoir la défense de la République Socialiste de Roumanie, de la souveraineté, de l'indépendance et de l'unité de l'Etat, de la propriété socialiste, de la personne et de ses droits, ainsi que de l'ordre de droit tout entier, en constatant, à temps et complètement, les faits constituant des infractions, afin que toute personne qui a commis

(*) Professeur à l'Université de Bucarest, (Roumanie).

(**) Conseiller au Ministère de la Justice, (Roumanie).

une infraction soit punie selon sa culpabilité et qu'aucune personne innocente ne soit rendue responsable du point de vue pénal. En même temps pourtant, ainsi que la loi pour l'organisation judiciaire le prévoit, les organes judiciaires doivent également remplir, par leur activité, une finalité éducative spécifique, non seulement par les mesures qu'ils prennent et les sanctions qu'ils appliquent, mais aussi par les conditions et les modalités par lesquelles ils solutionnent les conflits de droit pénal portés devant eux. En ce sens, les organes judiciaires ont un rôle particulièrement important à jouer dans la formation de la conscience sociale et juridique socialiste, dans l'éducation des travailleurs, dans l'esprit de l'éthique et de l'équité socialiste.

Il va de soi que la réalisation d'une telle fonction et d'une telle finalité suppose, d'une part, une certaine structuration des organes judiciaires et un certain cadre de manifestation de leurs aptitudes fonctionnelles et, d'autre part, certains rapports rigoureusement règlementés entre tous les participants à l'activité judiciaire, sujets officiels et non-officiels du procès pénal, leur activité étant, en dernière instance, décisive pour la réalisation des idéaux de justice et des tâches éducatives.

Dans la doctrine ainsi que dans la politique pénale, il est unanimement reconnu que ce qui est décisif, dans la lutte contre le phénomène criminel, n'est pas la répression, quoiqu'elle soit nécessaire comme réaction contre la commission d'infractions, mais la prévention des manifestations antisociales. La peine même, en tant que la plus sévère mesure de défense sociale, ne peut avoir un autre fondement que la prévention de nouvelles infractions.

Partant de cette prémisse, la politique pénale de l'Etat socialiste roumain met l'accent sur l'activité de prévention des manifestations antisociales. Cette activité est un devoir de tous les organes d'Etat, des organisations de masse sociales, de tous les collectifs de travail, de l'école à tous les degrés, etc... L'idée de base dans l'orientation de la politique pénale repose sur le postulat selon lequel c'est seulement par la participation des masses populaires et des collectifs de travailleurs ainsi que par la création d'une opinion de masse contre toutes les manifestations antisociales que l'on peut combattre avec succès la criminalité. C'est pour cela que les organes judiciaires doivent se baser, dans leur activité, sur la collaboration permanente des travailleurs. La participation des travailleurs, non seulement à l'action de prévention de la criminalité mais aussi à l'administration de la justice pénale, est un principe fondamental de la politique pénale qui trouve son expression tant dans l'organisation judiciaire que dans tout le déroulement du procès pénal.

Bien sûr, cette participation active des masses à l'administration de

la justice n'exclut pas mais suppose, au contraire, un perfectionnement continuel de l'activité des organes judiciaires qui doivent connaître et utiliser des techniques et des méthodes scientifiques pour découvrir à temps et prouver les faits antisociaux. Ceci suppose, d'une part, l'équipement technique adéquat des organes judiciaires pénaux et, d'autre part, la formation de spécialistes dans le domaine de la criminalistique et des techniques d'investigation criminologiques, en plus d'une pleine connaissance des normes légales, tant de droit pénal que de procédure pénale.

II - QUESTIONNAIRE

Partant du questionnaire proposé qui atteint, à notre avis, les aspects essentiels du thème abordé, nous allons maintenant exposer les réponses à toutes les questions, dans l'ordre dans lequel elles ont été formulées.

1. Infrastructure de la justice pénale

1.1 - En ce qui concerne l'infrastructure de la justice pénale en Roumanie, nous mentionons, tout d'abord, que conformément à la législation en vigueur, plusieurs organes contribuent à l'administration de la justice dont certains sont des organes d'Etat, d'autres des organes sociaux sans caractère étatique, chacun ayant des fonctions spécifiques. Ainsi, selon la Constitution (art. 101) de la République Socialiste de Roumanie, la justice est administrée conformément à la loi par la Cour Suprême, les tribunaux départementaux, les tribunaux de première instance, ainsi que par les tribunaux militaires. Les instances sont organisées et fonctionnent conformément à la loi sur l'organisation judiciaire.

Dans un sens plus large, l'administration de la justice a aussi lieu par l'activité des commissions de jugement (connues dans d'autres pays socialistes sous le nom de tribunaux de camarades) et des organes sociaux de juridiction. Ceux-ci appliquent aussi des mesures éducatives et ont compétence pour juger les faits prévus par la loi pénale commis par des mineurs, à l'exception de ceux particulièrement graves et d'essayer de concilier les parties lors de la commission de certaines infractions.

On connaît aussi le rôle joué par la **procurature** (parquet) dans la réalisation de la justice pénale ainsi que celui de la milice (police) judiciaire.

Enfin, par leurs activités, les avocats, qui assurent l'assistance juridique des parties dans le procès pénal, contribuent aussi à la réalisation de la justice. L'activité des avocats se déploie dans les

barreaux organisés sur la base de la Loi sur l'organisation et l'exercice de la profession d'avocat (Décret n° 281/1954). Les barreaux sont des organisations sociales qui fonctionnent sur le principe de l'auto-financement.

En ce qui concerne le système judiciaire, celui-ci est constitué par des tribunaux de première instance (organes judiciaires à compétence générale), par des tribunaux départementaux (un tribunal pour chaque département) (devant qui sont formés les pourvois contre les jugements prononcés par les tribunaux de première instance et qui possèdent en même temps une compétence spéciale de première instance), et par la Cour suprême.

1.2 - L'organe central ayant la tâche d'organiser, de doter les organes de la justice pénale, de contrôler l'usage des moyens mis à leur disposition et qui répond, dans le cadre du gouvernement, de la manière dont la justice est administrée, est le ministère de la justice.

Pour assurer la base matérielle de l'activité des tribunaux de première instance et des tribunaux départementaux, le Ministère de la Justice se préoccupe de l'aménagement et de l'entretien de leurs locaux, de leur encadrement par le personnel nécessaire, rétribué sur son budget et leur procure les moyens matériels et l'équipement nécessaires. Par ses soins et avec les fonds qui lui sont attribués, le Ministère de la Justice organise et assure le fonctionnement des laboratoires de criminalistique et d'un laboratoire central d'expertise criminalistique auprès du Ministère de la Justice.

2. Les autorités judiciaires et leur rôle

2.1 - **La nomination des magistrats professionnels**

Conformément à la Constitution (art. 108) et à la loi sur l'organisation judiciaire (art. 42), les juges sont élus en Roumanie en conformité avec les procédures établies par la loi. Les juges des tribunaux de première instance, des tribunaux départementaux et du tribunal de la ville de Bucarest sont élus par les Conseils populaires départementaux et par ceux de la ville de Bucarest, organes locaux du pouvoir d'Etat élus au suffrage universel égal, direct et secret. La durée du mandat des juges est égale à celle des conseils populaires qui les ont élus, c'est à dire de cinq ans.

En ce qui concerne les conditions requises pour être juge, la loi prévoit que peut être juge la personne qui : 1) est citoyen roumain et possède la capacité d'exercice ; 2) est docteur ou licencié en droit ; 3) n'a pas été condamné pénalement et jouit d'une réputation intacte. On prévoit également que les instances des unités administratives territoriales peuplées par une population d'une autre origine nationale

que roumaine comprendront des juges pratiquant la langue de cette population.

Le principe de l'éligibilité des juges se trouve en corrélation avec les exigences légales selon lesquelles les juges doivent satisfaire aux conditions de formation professionnelle et de conduite sociale et morale-politique exemplaire.

2.2 - **La participation populaire à l'administration de la justice**

Dans le système judiciaire roumain, cette participation populaire se réalise par deux voies principales : par la participation des assesseurs populaires à l'activité judiciaire et par l'activité des commissions de jugement.

2.2.1 - Participation des assesseurs populaires - Selon la législation en vigueur, le jugement a lieu avec la participation des assesseurs populaires seulement en première instance et dans la cause relative à certaines infractions. C'est ainsi que dans les causes pénales de la compétence des tribunaux de première instance, la loi prévoit que le jugement est prononcé par un ensemble formé d'un juge et de deux assesseurs populaires, uniquement s'il s'agit d'infractions contre la sécurité du travail et de certaines infractions que la loi place dans le champ de la compétence des sections maritimes et fluviales des tribunaux de première instance des villes portuaires de Galatzi et Constantza. En ce qui concerne les causes pénales de la compétence, en première instance, des tribunaux départementaux et du tribunal de la ville de Bucarest, on prévoit que le jugement est prononcé par un corps constitué de deux juges et de trois assesseurs populaires, mais uniquement s'il s'agit d'infractions limitativement énumérées par la loi sanctionnées par la peine de mort : le meurtre, le meurtre qualifié, les coups ou lésions provoquant la mort, etc... Les sections maritimes et fluviales des tribunaux départementaux de Galatzi et Constantza jugent selon cette même composition d'autres infractions que la loi a placé également dans leur domaine de compétence (Décret n° 203/1974). Le jugement après pourvoi se fait sans la participation des assesseurs populaires.

En ce qui concerne la sélection des assesseurs populaires, la loi prévoit que les assesseurs populaires près les tribunaux départementaux, le tribunal de la ville de Bucarest, et près les tribunaux de première instance, sont élus par les Conseils populaires départementaux ou, le cas échéant, par ceux de la ville de Bucarest dans les mêmes conditions que les magistrats professionnels, pour une période de quatre ans. La loi prévoit que peut devenir assesseur populaire toute personne ayant la qualité de citoyen roumain, âgé de 23 ans, n'ayant pas été condamné

pénalement et jouissant d'une réputation intacte.

2.2.2 - L'activité des commissions de jugement - Quoiqu'elles soient des organes sociaux de juridiction appliquant aussi des mesures éducatives, les commissions de jugement contribuent toutefois, soit indirectement, soit directement, à la réalisation de la justice pénale.

La contribution indirecte, se réalise par deux voies : a) le jugement des faits prévus par la loi pénale (de simples coups, l'insulte, le vol et l'abus de confiance, ainsi que la soustraction de peu de gravité de biens publics) qui, à cause des conditions dans lesquelles ils ont été commis, sont caractérisés par la loi, si ces conditions sont remplies, non pas d'infractions, mais de fautes (décriminalisations conditionnées), pour lesquelles la commission applique des mesures éducatives ; b) par la tentative de concilier les parties au cas d'infractions spécifiques, lorsque la présence de la personne lésée et le déroulement d'une procédure de conciliation devant la commission de jugement sont obligatoires pour mettre en mouvement l'action pénale (lésion corporelle simple par faute, la calomnie, l'abus de confiance, l'abandon de famille, etc...).

La Contribution directe se réalise, ainsi qu'il a été montré, par un jugement rendu par les commissions de jugement des unités où des mineurs travaillent ou étudient. Ces jugements concernent les infractions commises par des mineurs, à l'exception des infractions particulièrement graves qui sont de la compétence des instances judiciaires. Le tribunal qui prononce le jugement comprend, dans ce cas, un juge. Lorsqu'elles jugent des mineurs, les commissions de jugement peuvent adopter la mesure éducative visant à les confier, pour une durée d'un à deux ans, aux collectifs où ils travaillent ou étudient.

Les commissions de jugement fonctionnent auprès d'unités socialistes d'Etat (entreprises et Institution), de coopératives et d'organisations sociales et auprès de comités ou bureaux exécutifs des conseils populaires. Chaque commission est composée de neuf membres élus pour une durée de quatre ans par les collectifs de travail ou respectivement par les citoyens de la commune, de la ville ou du secteur de la ville dans le cas des commissions instituées auprès des comités ou bureaux exécutifs des conseils populaires.

2.3 - **Les Tribunaux spéciaux**

Dans le système judiciaire roumain, il n'y a pas de tribunaux spéciaux proprement dit qui solutionnent des causes spéciales, sur la base de normes d'exception et selon des procédures spéciales. Toutefois, à cause de la spécificité de certains domaines d'activités, comme le transport fluvial et maritime, le besoin s'est fait sentir d'organiser des

sections spéciales auprès de certaines instances. Ainsi, par le Décret n° 203 de 1974, on a établi des sections maritimes et fluviales auprès des tribunaux de première instance des villes portuaires de Galatzi et Constantza et auprès des tribunaux départementaux respectifs. Ces sections spécialisées sont compétentes pour juger, en matière pénale, les infractions contre la sécurité de la navigation fluviale et maritime et d'autres infractions commises dans ce domaine d'activitéd. La loi place donc dans la compétence des sections maritimes et fluviales des infractions qui, auparavant, étaient de la compétence des instances ordinaires. Les sections maritimes et fluviales appliquent les dispositions communes de la procédure pénale, à l'exception d'une disposition spéciale dérogatoire, selon laquelle les dispositions du Code de procédure pénale concernant la poursuite et le jugement des infrac-tions de flagrant délit ne s'appliquent pas aux infractions déclarées par la loi de la compétence des sections maritimes et fluviales.

En ce qui concerne les infractions commises par les militaires, elles sont prévues également par le Code pénal, mais sont de la compétence des tribunaux militaires, organisés toujours par la Loi sur l'organisation judiciaire. Dans le système du droit roumain, il n'y a pas de Code de justice militaire. Ainsi, dans ce domaine également, on applique les dispositions de droit commun du Code pénal et du Code de procédure pénale.

2.4 - La Cour Suprême

A la tête des instances du système judiciaire roumain se trouve la Cour suprême de la République Socialiste de Roumanie. La Cour Suprême est élue par la Grande Assemblée Nationale (art. 43 point 14 de la Constitution), l'organe suprême du pouvoir d'Etat en République Socia-liste de Roumanie, pour la durée de la législature de celle-ci qui est de cinq ans. Quand l'Assemblée n'est pas réunie en session plénière, les membres de la Cour Suprême sont nommés et révoqués par le Président de la République Socialiste de Roumanie (art. 75 al. 1 point 4 de la Constitution).

Selon la Loi sur l'organisation judiciaire, la Cour suprême a les attributions suivantes.

1°) Elle exerce le contrôle général sur l'activité judiciaire de tous les tribunaux par : a) le jugement des pourvois extraordinaires interjetés par le procureur général contre les jugements définitifs ; b) le jugement des pourvois interjetés contre les jugements prononcés en première instance par les tribunaux départementaux, le Tribunal de la Ville de Bucarest, ainsi que ceux contre les jugements prononcés en première instance par les sections de la Cour Suprême ; c) l'étude de la pratique judiciaire des tribunaux départementaux et des tribunaux de première

instance et la prise des mesures nécessaires pour assurer une pratique judiciaire correcte et unitaire.

2°) Elle émet des décisions ayant caractère de directives en vue de l'application unitaire des lois dans l'activité judiciaire.

3°) Elle juge en première instance les causes placées par la loi dans sa compétence (infractions commises par des généraux, des amiraux et des maréchaux, par des juges et des procureurs des tribunaux départementaux).

4°) Elle juge toute autre demande établie par la loi comme entrant dans sa compétence : conflits de compétence, demandes tendant à transférer une cause d'une instance à une autre en cas de doute sur l'objectivité du jugement, etc...

La Cour Suprême exerce une activité complexe. Ainsi, elle agit comme instance de pourvoi ordinaire contre les jugements pénaux prononcés en première instance par les tribunaux départementaux, par le Tribunal de la ville de Bucarest et par les tribunaux militaires territoriaux, ainsi que par les sections pénales et militaires de la Cour Suprême. Mais, ce qui est spécifique à l'instance suprême, est le fait qu'elle est la seule instance compétente pour juger les pourvois extraordinaires. Ainsi que le montre sa propre dénomination, le pourvoi extraordinaire est une voie de recours extraordinaire contre un jugement définitif comportant une violation fondamentale de la loi ou qui est manifestement dénué de fondement. Le législateur roumain a considéré, en principe, comme inadmissibles les jugements qui, même s'ils ont acquis autorité de chose jugée, ont été prononcés en enfreignant les principes de légalité et de vérité objective.

Le pourvoi extraordinaire ne peut être interjeté que par le Procureur général de la République Socialiste de Roumanie et seulement lorsqu'il estime qu'un jugement définitif comporte une violation essentielle de la loi ou qu'il est manifestement dépourvu de fondement (art. 409 Code de procédure civile). Le pourvoi profite aussi aux parties. La loi prévoit que le pourvoi extraordinaire en faveur du condamné peut être interjeté n'importe quand et, dans les autres cas, seulement dans le délai d'un an après que le jugement attaqué est devenu définitif.

A ces possibilités de contrôle que possède la Cour Suprême par l'activité judiciaire qu'elle déploie en conformité avec la loi, s'ajoute celle découlant de la connaissance des jugements définitifs par les membres de la Cour Suprême qui ont le droit d'étudier ces jugements au siège des instances judiciaires. A cette occasion, les membres de la Cour Suprême constatent les cas où la loi n'a pas été appliquée de manière unitaire et ces cas rendent nécessaire l'émission de décisions

ayant caractère de directives. En même temps, les membres portent la pratique de la Cour Suprême à la connaissance des juges des tribunaux départementaux et des tribunaux de première instance.

La Cour suprême remplit un rôle important dans l'orientation de la pratique judiciaire, en vertu du droit que lui confère la Constitution (art. 104 al. 2) d'émettre, en séance plénière, des décisions ayant caractère de directives qui, sans constituer des sources de droit, sont obligatoires pour les autres instances.

2.5 - **Le Parquet**

Ainsi qu'on l'a déjà souligné l'organe qui correspond au parquet, en Roumanie, est la Procouratoura. Selon la Constitution (art. 112), la Procouratoura de la République Socialiste de Roumanie exerce le contrôle de l'activité des organes de poursuite pénale et de celle des organes d'exécution des peines et veille, en même temps, dans les conditions prévues par la loi, au respect de la légalité, des droits et intérêts légitimes des citoyens.

La procouratoura est dirigée par le procureur général qui est élu par la Grande Assemblée Nationale pour la durée de la législature. Lorsqu'elle ne se réunit pas en séance plénière, le procureur général est nommé ou révoqué par le Président de la République Socialiste de Roumanie. Les procureurs sont nommés par le procureur général de la République Socialiste de Roumanie. Conformément à la loi sur l'organisation et le fonctionnement de la Procouratoura (Loi n° 60/1968), le procureur hiérarchiquement supérieur peut remplir n'importe quelle attribution des procureurs subordonnés, suspendre ou annuler leurs actes ou leurs décisions. Les décisions du procureur hiérarchiquement supérieur sont obligatoires pour les procureurs subordonnés.

Le procureur peut effectuer n'importe quel acte de poursuite pénale et, dans certaines causes, la poursuite pénale est effectuée obligatoirement par le procureur. En même temps, le procureur veille à ce que la poursuite pénale soit effectuée conformément à la loi et, dans ce but, il prend des décisions qui sont obligatoires pour l'organe d'investigation pénale. Dans le cadre du procès pénal, le procureur met en mouvement l'action pénale, prend les mesures préventives prévues par la loi, décide de la mise en jugement et saisit l'instance ou prend d'autres décisions entrant dans sa compétence. C'est lui aussi qui résoud les plaintes contre les mesures et les actes de poursuite pénale. Si les mesures et les actes ont été effectués par le procureur, la plainte est liquidée par le procureur hiérarchiquement supérieur. Le procureur vérifie les lieux de détention préventive, la légalité des mesures de détention préventive, la légalité des mesures de détention et

d'arrestation préventive, ainsi que les conditions de détention, en prenant les mesures prévues par la loi.

Pendant la phase de jugement, le procureur participe aux débats dans les causes où la loi prévoit sa participation obligatoire ; dans les autres cas, il ne participe que si la défense des intérêts d'Etat, des intérêts sociaux ou de ceux des parties l'exige. La participation du procureur est obligatoire en cas jugement sur pourvoi dans les causes pénales et dans tous les jugements après pourvoi extraordinaire. Le procureur examine les jugements. Lorsqu'il considère que ceux-ci ne sont pas fondés ou qu'ils sont illégaux, il utilise les voies de recours prévues par la loi.

Ainsi qu'il a été montré, le procureur général peut demander pour examen les dossiers concernant les procès définitivement jugés de n'importe quel tribunal et attaquer, par un pourvoi extraordinaire lorsqu'il est saisi ou d'office, les jugements définitifs qui, à son avis, comportent une violation essentielle de la loi ou qui sont manifestement dénués de fondement. Le procureur général peut saisir la Cour Suprême pour qu'elle prenne des décisions ayant caractère de directives en vue de l'application unitaire des lois dans l'activité judiciaire. De même, le procureur général participe aux séances de la Cour Suprême où sont rendus les arrêts ayant caractère de directives.

2.6 - **L'autorité de mise en accusation**

En droit roumain, il n'existe pas d'organe spécifique chargé de remplir la fonction de renvoi devant la juridiction de jugement. Ainsi qu'il est démontré dans le point précédent, le procureur, qui surveille le déroulement de la poursuite pénale et qui constate l'existence de preuves suffisantes légalement administrées relatives à l'infraction, prononce son réquisitoire, ce qui met l'inculpé en situation d'être jugé et saisit l'instance compétente.

2.7 - **La défense**

Ainsi qu'il a été souligné, la réalisation de la justice n'est pas possible sans que les participants au procès pénal puissent personnellement se défendre, en qualité de parties, mais aussi sans l'assistance juridique de ceux-ci par des spécialistes du droit. C'est pour cela que nous apprécions le rôle important joué par les organisations professionnelles des avocats dans la réalisation de la justice. Leur membres, les avocats plaidants, contribuent à la connaissance de la vérité dans les causes jugées et à leur solution correcte, en conformité avec le but de la loi pénale et les idéaux de la justice.

La loi reconnaît les barreaux, leur caractère d'organisations professionnelles qui déploient une activité utile du point de vue social et

fonctionnent en conformité avec la loi. Sous cet aspect, les organisations professionnelles des avocats, organisées sur des bases légales propres et sous le régime de l'autofinancement, peuvent être considérées en tant qu'organisations non-étatiques, comme faisant partie du système judiciaire, dans une acception large.

La manière dont l'assistance juridique est organisée à présent ne suscite pas de discussion. Pour assurer l'assistance juridique de tous les intéressés (d'autant plus que la loi prévoit de nombreux cas où l'assistance de l'inculpé par l'avocat élut ou, au contraire, désigné d'office est obligatoire), la loi prévoit l'organisation, dans le cadre des barreaux départementaux, de bureaux collectifs d'assistance juridique qui fonctionnent dans les localités où siègent les tribunaux de première instance et les procouratouras locales, dans le but d'accorder dans tous les cas l'assistance juridique, en particulier dans l'activité juridique dans laquelle sont impliqués des justiciables.

2.8 - **La police judiciaire et l'autorité judiciaire**

Conformément à la Loi sur l'organisation et le fonctionnement de la milice (Loi n° 21/1969), cet organe participe au travers des organes de la milice judiciaire, à l'administration de la justice pénale et à la défense de l'ordre de droit, soit par la poursuite pénale, dans les cas prévus par la loi, soit par la prévention de la commission des faits prévus par la loi. Conformément aux dispositions du Code de procédure pénale (art. 207), l'enquête pénale est effectuée par les organes d'enquête (par exemple les organes qui gardent les frontières, les organes de sécurité d'Etat, etc...). Dans la conception du législateur roumain, le procès pénal ne peut être déclenché que s'il y a des preuves ou des indices solides qu'une personne a commis un fait prévu par la loi pénale. Ces preuves ou indices solides doivent être fournis par l'activité des organes de la milice judiciaire, par des actes antérieurs au procès pénal. Tant que de telles preuves ou de tels indices n'existent pas, aucune personne ne peut être poursuivie du point de vue pénal. L'enquête pénale se déroule sous la surveillance du procureur, dans le respect strict de la loi et de la liberté de la personne.

2.9 - **Le ministère de la Justice et la procédure pénale**

Ainsi, il découle ce qui précède que, conformément à la législation roumaine, le ministère de la Justice, en tant qu'organe central de l'administration d'Etat répondant de la réalisation de la justice par les instances qui lui sont subordonnées administrativement (tribunaux de première instance, tribunaux départementaux, tribunaux militaires), joue un rôle important dans la réalisation de la justice, en assurant les conditions nécessaires de cette activité qu'il contrôle du point de vue

administratif.

Mais en ce qui concerne l'activité judiciaire des instances, celle-ci ne peut être déterminée par le ministère de la Justice, les juges étant indépendants et soumis seulement à la loi . Le contrôle judiciaire est réalisé, ainsi qu'on l'a déjà vu, par les instances hiérarchiques supérieures et la Cour Suprême, par l'exercice des voies de recours.

Les solutions apportées dans le procès ne peuvent être vérifiées par le procureur général ou le ministère de la Justice par le biais de ses organes d'inspection que lorsqu'elles sont devenues définitives. Les déficiences éventuelles constatées dans l'activité des instances, ainsi que les cas d'application non-uniforme de la loi, peuvent être discutés lors de conférences auxquelles le Président de la Cour Suprême, en accord avec le ministère de la Justice, peut inviter les présidents des tribunaux départementaux, afin que ceux-ci présentent en séance plénière de la Cour Suprême des rapports informatifs sur l'activité judiciaire des instances.

3. Différenciation et spécialisation de la procédure pénale

3.1 - Un des changements qualitatifs dans la structure de la criminalité, déterminé par les changements produits dans la structure et la superstructure de la société comme conséquence de la révolution socialiste qui a eu lieu en Roumanie, consiste en la disparition de la criminalité organisée et professionnelle. L'étroite coopération entre les organes d'Etat et les organisations sociales a déterminé une croissance considérable du contrôle social sur la conduite individuelle. Quoiqu'il ne puisse pas prévenir tous les actes individuels antisociaux, ce contrôle empêche pourtant la criminalité organisée.

3.2 - La prévention et la découverte de la criminalité économique ont également imposé une certaine spécialisation dans l'activité des organes judiciaires et la création de services spéciaux ayant des attributions dans ce domaine. La spécialisation concerne les méthodes et les techniques utilisées par ces organes. Mais les infractions commises dans le domaine économique sont poursuivies et jugées d'après les normes communes de droit pénal et de procédure pénale.

3.3 - Pour prévenir et combattre la criminalité de peu de gravité, la législation roumaine prévoit certaines institutions conformément auxquelles les organes judiciaires ont la possibilité d'adopter des mesures et des sanctions sans caractère pénal, selon les circonstances concrètes, le danger social, ainsi que le caractère peu dangereux de l'auteur.

a) Ainsi, par la Loi n° 59/1968 relative aux commissions de jugement, une série d'infractions de gravité réduite, comme le vol et l'abus de confiance (si la valeur du bien ne dépasse pas cinq cents Lei) les coups simples, la lésion, la soustraction sous n'importe quelle forme de biens de la propriété socialiste (si la valeur du dommage ne dépasse pas cinq cents Lei) et autres, lorsqu'elles sont commises dans certaines conditions, ne sont pas considérées comme des infractions, mais comme de simples fautes. Elles entrent dans la compétence de la commission de jugement qui peut prendre des mesures éducatives d'influence sociale envers leurs auteurs.

b) De même, conformément au Code pénal roumain (art. 18/1), tout fait prévu par la loi pénale peut ne pas constituer une infraction mais une simple faute donnant lieu à des sanctions extrapénales si, en fonction des conditions dans lesquelles le fait a été commis, il est manifestement dénué d'importance et ne présente pas le même degré de danger social qu'une infraction. Pour établir le degré social concret du fait, la loi établit, que l'on tienne compte de la manière et des moyens de commission du fait, du but poursuivi, des circonstances dans lesquelles le fait a été commis, des conséquences produites ou qui auraient pu se produire, ainsi que de la personne et de la conduite de l'auteur. Si, sur la base de ces critères, le procureur (dans la phase des poursuites pénales) ou l'instance (dans la phase de jugement) constatent que le fait commis ne présente pas le degré de danger social qui caractérise les infractions, ils proposent et appliquent à l'auteur une sanction à caractère administratif prévue par la loi pénale (la réprimande, la réprimande avec avertissement ou l'amende de cent à mille Lei).

c) La loi prévoit enfin la possibilité, pour l'instance de jugement, de remplacer la responsabilité pénale pour certaines infractions par une responsabilité entraînant pour l'auteur l'adoption d'une mesure d'influence sociale ou l'application d'une sanction administrative (art. 90 et suiv. du code pénal).

3.4 - La criminalité internationale et transnationale est combattue par la coopération des organes nationaux au sein d'Interpol. Pour les delicta juris gentium que l'Etat roumain s'est engagé - par des Conventions internationales - à réprimer, ces infractions (qui par ailleurs sont prévues comme infractions dans la législation pénale nationale) sont poursuivies et jugées conformément à la loi roumaine, sans égard au lieu où elles ont été commises dès lors qu'elles ont été découvertes par les organes judiciaires roumains. En vue d'une coopération efficace au sein d'Interpol, des organes spécialisés de la milice ont été créés, par exemple, pour les infractions liées au trafic de stupéfiants ou pour

d'autres catégories d'infractions qui peuvent être commises au cours de transit en Roumanie.

La législation en vigueur en Roumanie permet une coopération internationale dans le domaine de la justice pénale, soit par l'intermédiaire de l'extradition (la République Socialiste de Roumanie a conclu jusqu'à présent vingt Traités bilatéraux relatifs à l'extradition des malfaiteurs), soit sous d'autres formes. La coopération concerne, bien sûr, la criminalité internationale ou transnationale.

4. Tendances réformatrices

La tendance d'une plus large participation de l'élément populaire au jugement des causes pénales de gravité plus réduite se manifeste. On constate également une tendance à perfectionner les garanties procédurales de la liberté de la personne, à restreindre les cas d'application des mesures préventives privatives de liberté.

De plus en plus, la nécessité de renforcer et de diversifier les formes de liaison des organes de la justice, de la procouratoura et de la milice avec d'autres organes d'Etat s'impose ainsi qu'avec les organisations sociales, en vue de perfectionner les moyens et méthodes de prévention des infractions. Les organes judiciaires tendent à s'appuyer de plus en plus sur les collectifs des travailleurs dans la rééducation par le travail des personnes qui commettent des infractions et qui se voient appliquer des sanctions pénales.

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE ORGANIZATION OF THE JUDICIARY AND THE RULES OF CRIMINAL PROCEDURE IN SWEDEN

C. STEEN SUNDBERG *

THE AUTHORITIES AND THEIR ROLE

1. The Selection of Professional Judges and Other Officers of the Judiciary

Professional judges, public prosecutors and advocates form three separate, special careers. Entry into all of them is conditioned upon having a law degree. Such degrees are given by the universities and it takes about 5 years to get one. Judges and Prosecutors will also require 2½ years of practice as an apprentice in a court of first instance. To a limited extent service in other bodies may be accepted as a substitute for the court work. Sweden has three instances of courts, viz. district courts (**tingsrätter**), appellate courts (**hovrätter**) and the Supreme Court (**Högsta Domstolen**). Having completed his service in the district court the young lawyer who wants to become a judge has to send an application to one of the appellate courts asking for permission to serve at that court. If the application is accepted, the young lawyer is given a trial period of about one year. Should he pass the final examination, he will be admitted to the career and will start serving as an assistant judge. The professional judges are appointed by the Government for life. In order to ascend to the higher career positions such as chairman of a division in the appellate court, President of such a court, or a Supreme Court judge, it is necessary to have served in the Ministry of Justice, or in an organization at the Government or Parliament level (e.g. as an Ombudsman, or in a Committee). The highest judicial offices are not open for application. Instead, the Government makes a designation **ad**

(*) Chief Prosecutor, Stockholm

personam, taking skills and general behaviour into consideration.

The career as public prosecutor is somewhat similar. You send your application to the Chief State Prosecutor (**Riksaklagaren**) and if it is accepted you have to serve during a trial period of one year. At the end of that you submit to a final examination before a board of prosecutors. The examination includes presenting a criminal case and advising on how the juridical and practical problems should be solved.

State and District Prosecutors are appointed for life. In Stockholm, Gothenburg and Malmö - the three big cities - State Prosecutors and Chief Prosecutors are appointed by the Government. District Prosecutors are appointed by the Chief State Prosecutor. Sweden is divided into 13 different public-prosecutor-district regions. Regional Prosecutors and State Prosecutors working within a region are all appointed by the Government for life.

The initial court service is not imperative if you want to become an advocate. As a substitute you will have to work as a lawyer at least 5 years before you are allowed to send in your application for membership in the Swedish Bar Association (**Sveriges Advokatsamfund**). If you are accepted by the Bar Association, you are entitled to call yourself "Advocate" and this is a title protected by Law (Penal Code, Ch. 17, Sec. 15). Whether you are accepted or not will depend upon what merits you can show by certificates collected from advocates, judges, and law professors. Only advocates are entitled to receive a mandate as a public defense counsel.

There are no reasons - in my opinion - to believe that the manner of selection has any influence on the quality of criminal justice. However, criticism has been voiced against almost all judges of the Supreme Court having served in the Ministry of Justice and assisted in the drafting of the same legislation which they subsequently will have to apply and interpret as judges. At times you may hear that service in the Ministry is the "King's way to the Supreme Court".

According to the Swedish Constitution, 1974, Ch. 11, Sec. 9, when civil servants are appointed, only objective grounds may be taken into consideration such as merits and skills. However, new rules have now been enacted by Parliament for appointments to the public service. They came into force on 1 July 1985 (SFS 1985:334). More stress is now laid upon skill. Under this amendment, the formula is that skill for the task should be paramount if there are no special reasons for taking a different decision. In the preparatory works it is advised that skill shall be especially highly regarded as a qualification, irrespective of the level of the post, and that "merit" shall be decisive only when the competitors' skills are equal or almost equal. The new rules apply to, e.g. appointment as State Prosecutor and as Chief Prosecutor.

The judge who is appointed for life by the Government cannot be removed from his office unless he has committed a riminal offence or has shown a lack of aptitude for his work by repeated negligence. Judges retire at 65 to 67 years of age.

A small group will reach the highest offices. For this group of judges and prosecutors, skill has been the most important advancement qualification for quite a long time. However, since 1985, skill is an important factor relating to lower level positions such as prosecutors.

A governmental investigation relating to the appointment of the lower judges is now under way and may in the future affect advancement in the judicial career at lower levels. It is believed that the skill in handling practical trial work and in general court administration will in the future be more important than seniority.

2. Participation of laymen in the Administration of Justice

The Bench of a District Court will have three laymen and one professional (career) judge. In cases concerning criminal offences with a minimum punishment of two years of deprivation of liberty, the Bench is expanded to include one professional judge and five lay assessors. In cases of special need, an extra lay assessor may be assigned to serve, e.g. when the case is very voluminous (CP Ch. 1, Sec. 3).

The Bench of the Appellate Court will have three professional judges and two lay assessors. There shall never be more than four professional judges and three lay assessors serving on such a Bench (CP Ch. 2, Sec. 4).

In the Supreme Court there are no lay assessors. The fact that lay assessors participate means that the presentation of the facts will have to be made more detailed and more precise. This applied also when examining the witnesses and when other evidence is presented. To illustrate the point : when a person has been wounded, it is useful to show pictures ; the place where the crime took place should be sketched in outline ; a reconstruction of what seems to have happened should be videotaped ; etc. Recesses will have to occur more often, and you cannot continue too long in the afternoon because of the lay assessors. The reasons for the participation of the lay assessors are disputed, but sometimes it is said that their participation shows "Society's degree of democracy".

The Swedish lay assessor enjoys the same powers as the professional judge. The lay assessor will vote not only on the question of guilt but also in sentence. His vote weighs just as much as that of the professional judge. The rule is that in case of equal votes, those in favour of the mildest view shall win. That means that with two lay assessors favouring the milder view, that line will prevail. The

professional judge has no casting vote and he may easily be overruled. Consequently, he will have to discuss the matter carefully with the lay assessors and explain to them not only the relevant facts of the case but also the contents of the law if he wants a fruitful discussion and a good decision.

The lay assessor is elected for a period of six years by the assemblies of the local or regional communes. The lay assessors are elected on political grounds and they represent their respective political party - Socialist or other. The number of lay assessors which a specific party is able to appoint will be in proportion to the number of votes that party received in the last election. A lay assessor may be between 18 and 70 years of age.

In crimes concerning the freedom of the press, Sweden operates with a jury system. The jury has nine members. If the jury arrives at the verdict that the printed page constitutes a criminal offence, the case will be sent before a special court with four professional judges and a jury. This jury will determine the question of guilt and the professional judges will decide the punishment. They may however also dismiss the case or reduce the effect of the verdict by finding some other section of the Penal Code applicable than the jury did (TF 12:4). The jury list is created by political elections in the regional political assembly. However, when forming a jury panel for a specific case, exclusions are permitted.

In ordinary criminal cases the fact that the lay assessors are politically elected has hardly any influence on the outcome. The opinion they have about theft, assault, rape, etc., reflects little more than a general reaction to crime. When so-called "economic crimes" are in issue, however, focus is on ideas about the relationship between Man and State and then political affiliations tend to show in the attitudes of the lay assessors. In the closed discussions preceding the verdict, it will frequently happen that some lay assessors express opinions on what loyalty the individual owes to the State. When currency offences are in issue it may well happen that assessors representing non-Socialist parties find little gravity (**straffvärde**) in the offence and favour the individual's "right to manage his own money".

Lay assessors ordinarily sit 6-10 days per year and only 11 percent of them serve more than 20 days per year. Seventy-five percent of the lay assessors are above 60 years of age. The fact that the lay assessors sit so seldom of course limits their trial experience. This too makes it very important that they are carefully guided by the professional judge towards the correct decision.

Recently, the National Board of the Judiciary (**Domostolsverket**) has studied the institution of lay assessors (DV Rapport 1986:4). The

Board thought that the lay assessors were less representative of the community groups than they should be, and at the level of the Ministry of Justice an initiative was taken to remedy this shortcoming. The Board contacted the political parties and the Union of Lay Assessors (**Nämndemännens riksförbund**). The Ministry indicated that it wanted younger and more professional people recruited. It is believed that better pay will achieve an improvement. At present the maximum compensation pre-tax is 450 crowns per day which is not a very persuasive argument in recruiting. It also operates as a deterrent that, in the case of a major trial, the lay assessor may find himself tied up for three or four days a week for months.

The following facts will be found in the report of the National Board. During 1980, only 8 percent of the lay assessors were under 40 years of age. In 1986, this figure had decreased to 6 percent. About 65 percent of the whole Swedish population is under 50, but among the lay assessors only 25 percent were recruited from the same segment. About 35 percent of the whole population is between 50 and 70, but among the lay assessors this segment is 75 percent. Indeed, those lay assessors who were between 60 and 70 were the ones who had the most days in courts. No doubt this has been an irritant since professional judges are normally forced to retire at 65.

Similarly, the Ministry has been dissatisfied with the distribution among professional groups. There are too many lay assessors employed in the public service and too few employed in private enterprise. Forty-seven percent of the court judgments were unanimous in 1982 ; in 1985 ninety-five percent. Judgments adopted against the professional judge's view are also on the increase. In 1982, the figure was 0.7 percent, in 1985 3.5 percent.

There is in my opinion no tendency to increase or decrease the role of the lay assessors. Recently, the Minister of Justice took the following view in the matter :

Participation by laymen is a traditional and important element in the administration of justice. Consequently , it is urgent that much care is invested in finding suitable people to serve as lay assessors. The body of lay assessors should to the greatest possible degree reflect the distribution of the population at large. It is then required that the recruitment will increase among younger and professionally active people. Of course, an essential precondition for this is that the conditions of service and the economic compensation is satisfactory. (Prop. 1987/88:100, Bil. 4, p 87).

It is suggested to reduce the period of service from 6 years to 3 years, to take away the present age limit of 70 years, and to raise the daily compensation to 600 crowns.

3. Special Courts

In principle, the general courts are competent to handle all kinds of cases. The competence of each court is determined only by the rules of venue. However, there are exceptions to this in special kinds of cases. Then, a special forum may be prescribed and perhaps also particular judges. Among these may be mentioned the unlawful use of patents. Only the City court of Stockholm is competent to handle such cases. For so-called "economic crimes" of certain characteristics, 13 special courts were recently created called **EKO-domstolar**, i.e. economic-crime-courts. They would include an economic expert and a judge with specialized experience from administrative courts dealing with tax cases.

The special rules concerning crimes relating to the freedom of the press have already been mentioned. Similar rules apply to cases touching the freedom of expression, arising under the Act on Radio Responsibility (1966:756).

4. The Highest Court

The Supreme Court consists at present of 25 judges. The ordinary number is 22 (CP 3:4).

The role of the Supreme Court is defined mainly by the Code of Procedure, Ch. 54. It was amended in 1971. The right to bring a case before the Court is different for different parties. A private defendant is allowed access only within a rather strict formula : if it is of importance that the Supreme Court decide the case "for guidance in application of the law" (i.e. a precedent is needed) or if there is "extraordinary cause," e.g. "a ground exists for relief for substantive defects or that there has been a procedural error or that the outcome of the case in the court of appeals was plainly due to a gross oversight or a gross mistake". But if the Chief State Prosecutor wants to have the Supreme Court review the case, the court is obliged to accept it and has no discretion. This system means that the lower prosecutors are obliged to report and send the judgments of the appellate courts to the Chief State Prosecutor, should they be of the opinion that the case should be reviewed by the Supreme Court.

In ordinary cases, originating in the first instance, an appeal to the Supreme Court by the Chief State Prosecutor can only be expected if there are extraordinary circumstances present (see Instruction for the Prosecutors, SFS 1974:910). The Chief State Prosecutor is rather reluctant to use his powers and no more than 5 to 10 cases per year reach the Supreme Court this way.

When a private party wants to bring his case before the Supreme Court, special dispensation proceedings take place. Review

dispensations are rare, but the proceedings aim at careful consideration. The cases are prepared by a trained judge, on leave from a district court or an appellate court. The dispensation is granted or refused by a body of three Supreme Court judges. Exceptionally, when the case is simply in nature, the decision can be made by a single judge.

Examining petitions for dispensation is a heavy burden on the judges of the Supreme Court, so much, it is believed, that there is too little time left for their real task, viz. the creation of precedents. A governmental Committee has been looking into the matter, recently (SOU 1986:1) and it has proposed that dispensation cases normally should be handled by a single judge, only exceptionally by three judges.

In fact, very few dispensations are granted. During 1986 and 1987, out of a body of 1,100 petitions in criminal cases, only between 30 and 40 dispensations were granted. About 20 percent of the petitions concern sanctions, but only 3 percent are granted. The end result of this system is a certain shortage of Supreme Court guidance when it comes to sanctions (exception : in cases of drunken driving).

If a case is accepted by the Supreme Court, it will be sent to a division with five judges. However, if that division should find that the opinion there prevailing deviates from a legal principle of construction of law previously adopted by the Supreme Court, the division may send the case to the Supreme Court in plenary session (CP 3:5).

The Supreme Court reports its judgments and decisions in a special court reporter series called **Nytt Juridiskt Arkiv** (for short N.J.A.). There is no doctrine of **stare decisis** although what this means in practice is disputed. The Chief State Prosecutor reports at regular intervals criminal cases of importance which have been brought before the Supreme Court. These reports also include cases in which dispensation was refused. These reports are published in circular letter form in a series called **Meddelanden om nya rättsfall.**

5. The Prosecuting Attorney

According to Ch. 11, sec. 7 of the Constitution, Swedish governmental authorities are independent of the Government when dealing with their cases. While the organization of the prosecution is the task of the Ministry of Justice (which is true for the whole judiciary) the competence of the Ministry to interfere is limited. The Ministry is limited to preparing the laws for the prosecution authorities, and to the administration in general.

Internally, the prosecution system is organized hierarchically. Below the Government, the Chief State Prosecutor is the highest prosecuting official. He has mainly three functions. He is responsible for the prosecutions in the Supreme Court, he is the highest prosecutor in

the realm, and he is a central administrative authority for the prosecuting branch of government. He issues directives and gives general advice concerning the prosecuting activities.

Only the Chief State Prosecutor, the State Prosecutors, and the District Prosecutors are public prosecutors.

At the regional level there are 13 county offices of prosecution. Each region corresponds to about two Swedish counties (**län**). The chief of a regional office of prosecution is responsible, under the Chief State Prosecutor, for the prosecuting activities in his region. The regional office will include State Prosecutors and some District Prosecutors charged with certain specific types of criminality, mainly cases concerning "economic criminality."

On the local level there are 86 offices of prosecution. This is where the District Prosecutors serve. One office will correspond to two or more police districts. Hierarchically, these offices belong under the regional office concerned.

In the three big cities Stockholm, Gothenburg and Malmö, the organization is different. Regional and local functions are merged.

The heads of these big-city offices, called **Överaklagare**, are State Prosecutors.

The chain-of-command is a bit complicated. A superior prosecutor has the authority to change the decision made by an inferior prosecutor, but the decision-making prosecutor cannot be forced to proceed with this prosecution if he is of a different opinion than his superior. The case will then be given to another prosecutor, or the superior prosecutor will take over the case himself.

The basic principle in Swedish criminal procedure is said to be the **principle of legality** (CP 20:6). In the case of an offence coming under public prosecution, the prosecutor is under an obligation to institute criminal prosecution, provided that the evidence collected makes it possible to verify on objective grounds that the suspected person will be convicted. In spite of this so-called absolute duty, there exists rather wide discretion inasmuch as the prosecutor has authority under a number of statutes to decide in his discretion whether or not a prosecution should be instituted. His evaluation will be made on the basis of the character of the offence and the situation of the offender and other special circumstances. Under Ch. 20, sec. 7 of the Code of Procedure, the prosecutor may waive the prosecution in certain cases, if no essential public or private interest requires prosecution. How the prosecutor should use his discretion is also covered in the guidelines, issued by the Chief State Prosecutor (RA Cirk. nros 105 & 106). As set out in the Code of Procedure, the rules of waiver of prosecution are as follows :

1. If it is obvious that the crime will not lead to a penalty more severe than a fine (i.e. for instance shoplifting for less than US $10.-).

2. If it is obvious that only conditional punishment is in issue and there are speci l reasons for waiving.

3. If the suspect has committed some other crime and no additional punishment is called for taking into consideration the penalty for the first crime (i.e. this will take care of many cases of recidivist and concurrent criminality).

4. If the perpetrator was under the influence of some mental abnormity, or is subject to psychiatric treatment or other measures outside of court proceedings.

5. If there exist extraordinary circumstances calling for the waiving of the prosecution.

6. If there are reasons for waiving the prosecution under the Young Offenders Act, which applies to people between 15 and 17 years of age.

Sweden does not have any juvenile courts. The point of departure of the legislation is the basic idea that no punishment should in principle be inflicted upon those who have not yet reached the age of 18. The intervention of the social service authorities is considered to satisfy both the need of care for the young person, and society's interest in protection, in a better way than penal measures.

When the prosecutor waives the prosecution, he is acting like a judge. This has called for an extra precaution. The decision to waive cannot be made without guilt being established, mostly by confession. Just like a judgment, the waiver of prosecution will be registered. The register is kept by the National Police Board. Only offences liable to a fine only are exempted. The judgment character is particularly obvious when the prosecutor is waiving prosecution pursuant to the Young Offenders Act. Here the decision is given documentary form and one copy is sent to the Chief State Prosecutor and another to the social welfare authorities. When crimes against property are concerned, waiver of prosecution is almost the rule. But when an act of violence against a person is involved, public interest is supposed to require a prosecution. This would include, for example, cases of robbery, hand bag wrenching, rape, or murder. A normal crime against property, such as theft or car stealing, will result in a waiver of prosecution. The young offender will be informed about the decision to waive. This means that he will be summoned to appear in the prosecutor's office together with his mother or father or both. In this face-to-face encounter, the circumstances of the offence will be described, the offender will be instructed about the law, and finally a moral sermon by the prosecutor will be added.

Under Ch. 48 of the Code of Procedure, the prosecutor may order summary punishment by way of a fine, **straffföreläggande**. This is

another case when he acts as a judge. The order implies that the suspect has consented to submit, within certain time limits, to the payment of a fine which has been fixed by the prosecutor. These orders must be made in writing and they shall be signed by the prosecutor. The order shall identify : (1) the suspect ; (2) the criminal act and the time and place of its commission ; (3) the applicable statutory section ; and (4) the fine ordered in punishment. There are special written forms available at the office of prosecutions for the issuing of such orders. Mostly the order is sent by mail. If the suspect wants to consent to the order, he has to sign it and send it back to the National Police Board. An order consented to by the suspect has the same legal effect as a judgment which has become final.

About 163,000 people were punished for various offences during 1986. About 76,000 of them were given summary fines by the prosecutors. About 30,000 were fined by the courts.

The decision to prosecute calls for a preliminary investigation (Police inquiry). The general rules will be found in Ch. 23 of the Code of Procedure. As soon as there is reason to believe that a criminal offence has been committed, this preliminary investigation is initiated. In principle, it pursues two purposes : (1) to find out if the offence has been committed and who can be suspected of committing it ; (2) to bring the evidence and preparation of the case before the court with such completeness that the case can run without interruption, satisfying the principle of immediacy.

The preliminary investigation is initiated by the prosecutor or by the police. In Sweden, these two are quite separate bodies. But the police are under a duty to render the prosecutor all the assistance he may ask for in the course of the investigation. If the police have initiated the investigation, and the matter is not of a simple nature, it shall be taken over by the prosecutor as soon as somebody is reasonably suspected of having committed the offence. Doing so, the prosecutor will also decide about measures of coercion such as arrest, searches, travel restrictions, etc.

The leader of the preliminary investigation is under a duty to be objective. This means that he must also take into account evidence and circumstances which appear to favour the suspect (CP 23:4). The investigation must proceed rapidly. When conducting a preliminary investigation the prosecutor is entitled to the assistance of the police (CP 23:3). Correspondingly, the police are obliged to provide all assistance needed.

In practice, a natural and close cooperation develops between the prosecutor and the police. But it has happened that the police have been unwilling to carry out a specific order to assist. When this happens the

prosecutor must negotiate with the policeman and explain the matter to him and try to convince him to assist. The loyalty of the police is very important to the prosecutor, otherwise the whole investigation may be spoiled. On the other hand, the police may have a lot of tips and recommendations as to the preliminary investigation which the prosecutor cannot go along with. Therefore it is not always an easy task to run a preliminary investigation.

Recently, the relationship between the prosecutor as the leader of the preliminary investigation, on the one side, and the police authority assisting in such an investigation on the other hand has been thoroughly discussed in Sweden. This is a result of the difficulties which pestered the cooperation between the prosecutor and the police when the murder of the Swedish prime minister Olaf Palme was being investigated. The Attorney General has studied the issue as has the Commission of Jurists investigating the preliminary investigation in the Palme Case. Both have arrived at the opinion sketched above. The Commission of Jurists adds :

A first observation concerning this investigation is that the prosecutor did not have the position or the influence, as the law call for.

In the opinion of the Commission, the prosecutor should also have been more active and should not have allowed the Commissioner of the Stockholm Police to take command.

6. The Authority of Indictment

In Sweden, no special authority exists linking the preliminary investigation and the court proceedings. The public prosecutor is the only one responsible for the indictment decision. The prosecutor is also the one running the court trial. He is active during the sessions and can himself, without superior permission, take an appeal when he considers it to be warranted. Only when the case comes to the level of the Supreme Court will the Chief State Prosecutor take over.

7. The Defence

The institution of public defence counsel (**offentlig försvarare**) is regulated in the Code of Procedure, Ch. 21. Members of the Bar Association may be appointed public defenders. In this position, the private lawyer is paid by the State. Many lawyers get their mandates as public defence counsel, not because the suspect has chosen them, but because the suspect has told the police that he wants a public defence counsel. The court will then make the appointment. Courts carry a list of lawyers interested in taking such mandates. If nobody is named by the suspect, somebody is taken from this list and assigned to the particular

case. How the choice is made is hard to say. It should follow the alphabetical order, but quite often the judge or his secretary will select the lawyer they think most suitable for the case or the suspect. As soon as a person is under arrest, he has the right to have a public defence counsel. In this case there is not much time and the court has to make a prompt decision, appointing the lawyer who happens to be in his office when the telephone rings, or happens to be available in the court. Many lawyers specialize in certain types of crime such as drug offences, juvenile delinquency, and "economic crime." Often the court is inclined to appoint those lawyers which it considers to be good lawyers and not likely to create any problems. Consequently, many lawyers find themselves having a kind of dual status : they have to be loyal both to their client and to the court. Such a lawyer will no doubt consider how much trouble he should cause the prosecutor and the court in the interest of his client, or how conciliatory he should be towards the public authorities. The defence counsel is paid by the State according to a special rate. Since the rate is not very generous and defence counsel may at times have to suffer a reduction in his fee, he has to get many mandates in order to survive and to market himself.

On 1 January 1984, the law on public defence counsel was amended, the purpose being to make savings for the public purse. The conditions for appointing public defence counsel were made stricter. An arrested or detained person still is entitled to a public defence counsel, as is a person suspected of having committed an offence for which the minimum punishment is set at six months (which includes gross theft but not theft). In other cases, however, the court may use its discretion. Counsel may be appointed if the court finds it necessary in view of the investigation of the offence, or considering the uncertainty as to the sanction to be imposed and there is cause to believe that something more severe than a fine or a suspended sentence is likely. Also, a public defence counsel should be appointed if there are special reasons present with regard to the personal conditions of the suspect (like young offenders) or to the whole case (CP 21:3a). It may be added that in 1985 the State saved some 5 million crowns in defence counsel costs.

As soon as a person is suspected of a crime and is being interrogated by the police, he shall be informed about the crime, the date, the place, and the victim. (CP 23:18, para. 1 point 1). What is intended is that when a person is informed about the suspicion, this will serve as a warning. Everything you say may be taken down and used as evidence against you. At the same time the police are under a duty to inform the suspect about his right to have a defence counsel at his side (CP 23:18 para. 3). This information is given rather routinely. It happens strikingly often, however, that the suspect does not take advantage of

this possibility and simply says that he will wait until the trial. This fact may be the result of the police making the suspect understand that it is not necessary to have a defence lawyer, and the suspect does not want to upset the police. The suspect may also think that having a defence lawyer is going to be too expensive.

It is not up to the prosecutor to decide whether a person needs a defence lawyer during the preliminary investigation, or if he can wait until trial. The prosecutor is, however, under a duty to bring the issue of the defence counsel before the court as soon as there is a need for a defence lawyer due to the crime and the personal circumstances of the suspect. When a public defence counsel is required, the prosecutor should propose it to the court (CP 23:5). The fact that the suspected person is assisted by a defence counsel is the best guarantee against the police abusing their power, and the most effective protection of the rights of the suspected person. The Swedish police never inform the suspect of his right to remain silent. Swedish law has no provision on this and the suspect is never informed that he has such a right according to the European Convention on Human Rights. The defence counsel may inform his client about his right. However, the court being free to evaluate the evidence as it finds best, the defence counsel will have to inform his client that the court will take all circumstances into account and that also a refusal to speak may then be considered important. Reference may here be made to Ch. 35, Sec. 4 of the Code of procedure which provides, inter alia, that if a suspected person does not answer a question concerning the investigation, the court, with regard to everything that has happened, shall take into consideration what effect should be attributed to this refusal as proof. If a person suspected of a criminal offence refuses to speak, this refusal is respected until the time when he has his defence counsel at his side.

The public defence counsel is under a duty to be **independently** active in defence of his client (CP 21:8). The counsel is entitled to be informed about the preliminary investigation, to read the documents and to be present during the interrogation of the suspect. He may also put questions, during the interrogation with the permission of the police, and after the interrogation on his own, for the purpose of avoiding misunderstandings. The defence counsel is also entitled to be present during the examination of witnesses if this can take place without detriment to the investigation.

Only the **public** defence counsel has the right to see the suspected person in private if the latter is under arrest. He has no duty to be silent as against his client. If he knows that the prosecutor or the court has decided to fetch his client by force, or if he knows about the results of a confrontation, he may tell his client so. Also the defence counsel and his

client shall be given the opportunity to inform themselves as to what has taken place during the investigation by reading all records and documents, as soon as this is possible without detriment to the investigation.

It is often said that there is no equality between the prosecutor and the defence counsel. The prosecutor and the police must prevail over the defence counsel during the preliminary investigation. At the outset, only the police and the prosecutor have access to the material of the investigation. If the criminal offence is denied, it may take quite a long time before the defence counsel can be fully informed about the investigation. Also, the prosecutor having a great number of coercive measures at his disposal gives him a great advantage. Thus, if the suspected person is arrested or taken into custody on the basis of the court's decision, the prosecutor may forbid him to make phone calls, to receive visitors, and to receive and write letters without the consent and the pre-examination of the prosecutor. In this way the suspect may be kept **incommunicado** for weeks and months. In big narcotics cases and other severe cases, such restrictions are often imposed if it would be to the detriment of the investigation to let the suspect communicate freely with persons other than his public defence counsel.

The defence counsel has the right to interrogate witnesses and to make investigations on his own and engage experts. However, if he interrogates witnesses, he must be aware of the fact that he might have influenced the witnesses in a certain direction. If the public defence counsel has made private investigations, the State will not pay him for it if the court does not find the investigation necessary.

Evidently, there is no equality of arms between the prosecutor and the defence. However, the suspect has at least one great advantage over the prosecutor. He knows the truth while the prosecutor does not. The prosecutor has to find it out.

8. The Police

In Sweden which has a population of about 8 million, there are 16,000 policemen ; uniformed police and criminal police. The latter investigates crime while the former prevents crime and supervises law and order. About 30 percent of the total number of policemen belong to the criminal (or investigating) police. In traffic supervision, the uniformed police is authorized to fine people on the spot for breach of traffic regulations. In 1986, more than 183,000 people submitted to this type of fining. There is a special list of offices for this purpose, determined by the Chief State Prosecutor and the National Police Commissioner.

In a big city like Stockholm, the police are very much specialized,

and this affects even dealing with everyday crime. Thus, the police are organized in special squads. Every squad has its own specialty, and it is separated from the other squads. This means that an offender who has stolen a car, burglarized a home, and committed an assault, will find himself investigated by three different policemen, one belonging to the squad for homicide and violence, the second to the squad for the unlawful seizure of vehicles, and the third to the burglary squad. Should the offender also have committed a check fraud, police from the fraud squad would move in, etc. Besides the squads already mentioned, there is in Stockholm a squad for ordinary theft (i.e. without burglary), one for special crimes such as arson, unlawful possession of arms and computer crimes, and another one for narcotic crimes, "economic crimes" and young offenders, which all have their special squads.

When the police are informed about a criminal offence, the information is normally received by some other unit than the one that will investigate the offence. The place of the crime will be examined separately by a technical investigation squad which specializes in this kind of work. Separating too strictly between different work groups may result in some aspect of the offence not being investigated at all. The system has been criticized and recently a Committee voiced the opinion that at least in relation to the most frequent kinds of offences there is no need for a specialization (SOU 1985:62 p 62). However, offences against the environment and complicated offences such as economic crime computer crime and drug offences call for specialization.

Combatting crime is looked upon with much concern. The crime rate is increasing : in 1976, the number of offences against the Penal Code was 1,095,357. To what extent do the police "solve" the offences discovered? The percentage varies among the 118 different police districts between 21 and 38%. The lowest over-all percentage relates to bicycle theft--it is 2%. Relating to stealing from a car--it is 6%. Burglarizing another person's home is 11%. In murder cases it is 61%, assault 52%, shoplifting 75% and drunken driving a record 80%.

The increasing crime rate has been explained by the police to be the result of the decrease in the number of policemen on the force. In a recent article, Professor Carl M. Elwing suggests that the police resent the absence of court support for police work and that this effects negatively the daily work of the police, including the number of interventions and measures taken. Also it is said that the general "permissiveness" is a factor destroying the morale of the police.

A policeman who is informed about a criminal offence being committed is obliged to report the offence to his superior as soon as possible. However, the Police Law (SFS 1984:3S7) Ch. 5, sec. 5, allows one exception inasmuch as the policemen may refrain from reporting to

the prosecutor and stop at giving a warning or an admonition to the offender. The policeman is entitled to act in this way if it is obvious that no other sanction would follow should the perpetrator be prosecuted, and the offence anyway is trifling considering the circumstances. For natural reasons it is impossible to find out to what extent policemen refrain from reporting but one may suppose that the possibility is used quite frequently in certain types of cases.

Another way to reduce the rate of criminality, at least on paper, is to abstain from investigating the offence. According to Professor Elwing, this method is used in special types of cases and it is used quite frequently. No statistics on the phenomenon exist. What it means is that the police give priority to certain types of offences although they have no statutory authority for doing so, and conversely turn a blind eye on other types of offences which then are not investigated at all. What it reflects is of course that the criminality has overwhelmed the police. There are not sufficient numbers of policemen available to investigate the accelerating lawlessness and they have to decide priorities somehow. Certainly, it is well-known that the burglarizing of houses and apartments leads to an investigation which in effect is nothing more than a registration. When cars are broken into, the situation is similar.

In the Ministry of Justice, the crime rate has been studied with great interest and concern. Recently, the Minister has proposed to the Parliament that 250 new policemen should be recruited during fiscal 1988/89 and another 450 during fiscal 1989/90, and furthermore that some of the police duties be transferred to administrative personnel. A governmental Committee has also proposed (SOU 1986:62) a more flexible organization of the police, and three guiding principles with a view to make the police more efficient : (1) More cooperation between the police and the citizens ; (2) The police should provide service to people and support and care for those who are the victims of crime ; (3) The police should make themselves more visible, e.g. by leaving their police cars and patrolling the streets on foot.

9. The Minister of Justice

As has already been mentioned, the role of the Swedish Minister of Justice is strictly circumscribed. In particular, in specific cases he has no authority to give any orders to the prosecuting authorities. However, the Minister has given the police directives that priority must be given not only to narcotic crimes and "economic crimes" but also to burglaries into people's homes, violent crimes and crimes by juvenile delinquents.

LES RAPPORTS ENTRE L'ORGANISATION JUDICIAIRE ET LA PROCEDURE PENALE EN SUISSE

F. RIKLIN*, F. SCHÜRMANN**, M. PETER***

1. Remarques préliminaires

1.1 - Un rapport pour la Suisse à ce sujet présuppose une étude comparative sur le plan national. Selon la Constitution Fédérale, l'organisation judiciaire et la procédure sont de la compétence des cantons. Sans cette attribution exclusive, l'unification du droit matériel aurait été impensable. La souveraineté des cantons dans ce domaine signifie que la réalité judiciaire se compose de vingt-six lois différentes sur l'organisation judiciaire et de vingt-six lois de procédure cantonales ainsi que de trois lois différentes de procédure fédérales s'appliquant à des procédures extraordinaires. Un Tribunal fédéral a été créé pour assurer l'administration de la justice pénale pour autant que celle-ci soit du ressort des autorités répressives fédérales (art. 64 bis, al. 1 et 2, 106 al. 1 Cst). Le droit pénal matériel a été, par contre, unifié sur le plan fédéral avec l'adoption du Code pénal suisse du 21 décembre 1937.

1.2 - Au cours des dernières décennies, une grande diversité de lois de procédure s'est développée, dont les caractéristiques s'expliquent par un cumul de plusieurs influences diverses. Même là où des modèles cantonaux ou étrangers ont laissé leurs traces, il convient de procéder avec précaution à des comparaisons des différents systèmes, étant donné que la liaison entre principes extérieurs et principes propres a créé des

---

(*) Docteur en droit, Professeur de droit pénal à l'Université de Fribourg, (Suisse).

(**) Docteur en droit, Maître de recherches à l'Université de Berne, (Suisse).

(***) Docteur en droit, Substitut du Procureur Fédéral Berne, (Suisse).

Une version plus complète du Rapport Suisse est publiée en allemand dans la Revue pénale suisse, 1989.

systèmes autonomes et parfois mixtes. Il s'ensuit qu'il convient de limiter une étude comparative des différentes organisations judiciaires et lois de procédure à des fonctions bien déterminées, à certaines étapes de procédure, aux principes fondamentaux de procédure, etc... C'est uniquement dans ce cadre limité que des comparaisons sont possibles. Une autre conséquence de cette diversité de la législation et de la pratique judiciaire est constituée par le fait que le travail scientifique se trouve entravé et demande une constante prise d'inventaire des développements cantonaux (1). Il n'est dès lors pas surprenant que la discussion scienti-dogmatique de la procédure pénale en Suisse ne soit qu'à ses débuts.

1.3 - En dépit de ces différences, il convient de relever qu'il existe entre les lois cantonales plus de ressemblances qu'il ne paraît à première vue. D'une part, les différences résident souvent plutôt dans la forme que dans le fond. D'autre part, il s'agit de données de droit constitutionnel concrétisées et développées par la juridiction suprême, qui garantissent un niveau minimal d'unité de culture juridique. Ainsi, le Tribunal Fédéral a eu une influence déterminante sur les lois de procédure cantonale et a imposé ponctuellement diverses solutions unifiées, notamment dans les domaines de la liberté personnelle et de l'égalité devant la loi. Dans le domaine de la procédure pénale, de telles conditions-cadre renforcent la tendance que le législateur cantonal, au cours d'une révision totale de sa procédure, tend plutôt à se détacher des traditions et recherche des solutions qui peuvent constituer un modèle pour d'autres cantons. Le fait qu'on est encore bien loin d'une procédure pénale unifiée, ne s'explique pas seulement par des raisons politiques, mais aussi par la difficulté, dans quelle mesure une unification de la procédure soit possible et raisonnable sans l'unification des lois sur l'organisation judiciaire.

2. Les autorités et leur rôle

2.1 - La nomination des magistrats professionnels

2.1.1 - L'organe de nomination

A l'inverse des autres pays de l'Europe occidentale, les juges sont élus en Suisse, selon la tradition démocratique, par le peuple ou par les représentants du peuple, pour une durée déterminée (3 à 8 ans). Ce n'est que dans des cas exceptionnels que l'élection ou nomination s'effectue par l'Exécutif, par le Tribunal Cantonal ou par un Comité

(1) La chronique helvétique présentée par F.CLERC dans la Revue Pénale Suisse nous fournit une aide précieuse à ce sujet.

d'élection particulier. De manière générale, l'attribution de compétences entre le peuple et les représentants du peuple est réglée de telle manière que pour les Tribunaux de première instance composés essentiellement de juges laïcs, la nomination par le peuple domine, tandis que les juges fédéraux et la plupart des juges des Tribunaux d'appel des cantons sont nommés par le pouvoir législatif. Les élections reposent, dans la plupart des cas, sur le système majoritaire.

2.1.2 - Les critères de sélection

L'élection des juges par le peuple ou les représentants du peuple exige l'existence d'un intermédiaire entre l'organe d'élection et le candidat, auquel incombe le devoir de pré-sélection et d'information. En Suisse, ce devoir reste exclusivement aux mains des grands partis politiques, parmi lesquels s'est établie une sorte de quota proportionnel volontaire, selon lequel chaque parti peut prétendre à un nombre de juges qui correspond à sa représentation au sein du Parlement. Quand un candidat est nommé par son parti, cette proposition est généralement acceptée par les autres partis. La nomination de ce candidat est à peu près aussi certaine que la non-élection d'un candidat qui n'est membre d'aucun parti et qui ne profite dès lors d'aucun support d'un parti politique.

Mise à part l'appartenance à un parti politique, d'autres critères d'élection régis par la loi ou par la pratique, tels l'âge du candidat, sa langue et sa confession, sont déterminants.

Les procédures d'élection ainsi décrites et le fait que dans la société urbaine l'électeur n'est plus à même de connaître personnellement le candidat, fait perdre l'idée et la prétention du principe démocratique. Il n'est dès lors pas surprenant que l'élection des juges ne suscite en général pas un très grand intérêt.

2.1.3 - Répercussions sur la qualité de la jurisprudence

Une entrave à cette qualité ne réside à notre avis pas dans la nécessité d'un rattachement d'un juge à un parti politique en soi. On peut tout à fait accepter le fait que les tribunaux, surtout les tribunaux pénaux, reflètent dans leur composition toutes les tendances politiques et idéologiques. D'ailleurs, on peut constater que de grandes polarisations politico-juridiques n'existent pas entre les partis prenant part au système de la proportionnelle. Les critiques, émanant surtout du milieu des avocats, se fondent plutôt sur le fait que la qualité subit un préjudice à cause de l'appartenance à un parti et par le système de la proportionnelle. Ce n'est que de manière exceptionnelle qu'un parti, qui pouvant prétendre, selon la proportionnelle, à un siège mais ne disposant pas d'un candidat apte, renonce à ce siège en faveur d'un

candidat qualifié d'un autre parti.

2.2 - La participation populaire à l'administration de la justice pénale

2.2.1 - Tribunaux de jury et tribunaux d'échevins

La Suisse partage avec ses pays voisins l'évolution et le destin au sens classique des Tribunaux d'assises. Au milieu du 19è siècle, la Confédération et dix cantons ont institué des tribunaux d'assises, trois autres cantons les prévoyaient dans leur constitution. Depuis le début du 20è siècle, un mouvement inverse s'est également produit au niveau législatif. Huit cantons ont transformé ces tribunaux de jury en des tribunaux d'échevins et le canton d'Argovie renonce, définitivement, depuis 1977, à toute participation de laïcs. Il faut relever que cette transformation ne s'est pas déroulée partout de plein gré, mais a été pratiquement imposée par le Tribunal fédéral en 1952. Dès lors, le Tribunal fédéral exige que les jugements émanant des tribunaux d'assises soient rédigés et motivés afin qu'on puisse vérifier de quelle manière la loi a été appliquée (art. 277 PPF). Cet empiétement sur la souveraineté cantonale en matière d'administration de la justice, qui ne peut d'ailleurs se justifier que du point de vue du droit matériel, a entraîné la disparition des tribunaux de jury. Sans passer par le stade intermédiaire du tribunal d'échevins, le tribunal de jury a été directement aboli dans la justice militaire. Dans les cantons de TG (Thurgonie) et FR (Fribourg) en dernier lieu. Il se trouve que le tribunal de jury au sens classique n'existe plus qu'au niveau fédéral (Assises fédérales, dont la dernière session remonte à cinquante ans). Des tribunaux d'échevins existent toujours dans les Cantons de ZH (Zurich), BE (Berne), TI (Tessin), VD (Vand)et GE (Genève) (2).

2.2.2 - Autres juridictions pénales

La particularité du système suisse réside dans le fait que les tribunaux laïcs ne se limitent pas à des Cours d'assises. Le système laïc a été maintenu en Suisse par une longue tradition juridique. Les raisons en sont nombreuses. Il faudra toutefois noter que le fondement historique basé sur la tradition est plus évident que l'explication des raisons justifiant le maintien d'un tel système et son immuabilité.

a) Bases légales - Les conditions d'éligibilité comme organe de justice se trouvent ancrées dans les Constitutions cantonales (voir

(2) A Genève, l'union des jurés et des juges professionnels en un collège n'est pas complète : les jurés prononcent le verdict seuls, le président ne disposant que d'une voix consultative. Ce n'est que sur la fixation de la peine que le président et les jurés délibèrent en commun.

cantons de la Suisse centrale) et/ou dans les lois d'organisation judiciaire, plus rarement dans les lois sur les élections et votations. La nature de la source légale n'est pas sans importance, dans la mesure où différentes procédures sont applicables pour les modifier (référendum obligatoire pour la révision des Constitutions cantonales). Au niveau fédéral, les juges laïcs ne sont exclus par la loi que dans des domaines particuliers de la justice militaire. Quant au Tribunal fédéral toutefois, chaque citoyen disposant du droit de vote est éligible. Au niveau cantonal, le Tessin et Genève posent les conditions les plus sévères et étendues, tandis que les cantons de BE (Berne), SO (Soleure) et BS (Bâle-Ville) ne prévoient des restrictions qu'au niveau des instances supérieures : présidents de tribunaux de première instance.

b) La réalité - Au niveau fédéral, tous les juges et les suppléants sont des juristes. Au niveau cantonal, on reste confronté à des réalités bien différentes. Les trois systèmes selon lesquels exclusivement les laïcs, ou des laïcs et des juristes, ou des juristes exclusivement composent la magistrature judiciaire, existent au niveau des tribunaux de première instance et des tribunaux d'appel. Dans certains cantons, même les tribunaux supérieurs sont composés de juges laïcs, à l'exception du président (p. ex. UR (Uri), AR (Appenzell - Rhodes extérieurs), NW (Unterwald-Midwald)). Par contre, il y a des cantons qui ne nomment que des juristes, même pour les tribunaux collégiaux de première instance, sans que cette exigence se trouve entérimée dans la loi (p. ex. tribunal de district de la ville de Zurich). Généralement, si un tribunal se compose de juges laïcs et de juges professionnels, le juge professionnel (le président) a une formation juridique, tandis que les juges assesseurs sont des laïcs (ainsi les tribunaux collégiaux de première instance dans la plupart des cantons et les tribunaux supérieurs de la Suisse centrale et orientale).

2.2.3 - Influence sur la réalité procédurale

Il n'y a pas d'interdépendance évidente et concluante entre l'activité des juges laïcs et le mode de procédure choisi par la loi. Contrairement à ce qu'on pourrait croire, la participation de juges laïcs n'impose pas forcément une application stricte du principe de l'immédiateté. Inversement, ce principe ne tolère pas plus de restrictions quant à la pratique des tribunaux présidés exclusivement par des juges professionnels. Les faits démontrent plutôt le contraire : plus la participation de laïcs à la justice est importante, d'autant plus le danger d'un affaiblissement du principe de l'immédiateté est imminent, soit en raison du rôle prédominant du président lors de la préparation et de la

direction de l'audience de jugement (3), soit parce que la loi prescrit déjà la consultation du dossier pour tous les juges (4), soit parce qu'il se pourrait bien que la justice laïque ait favorisé la tendance générale d'un déplacement et d'une concentration des recherches décisives dans la procédure préparatoire.

2,2.4 - Tendances

L'évolution des tribunaux de jury et d'échevins est claire : le seul tribunal de jury existant toujours à ce jour - les Assises fédérales - ne figure plus dans le projet de révision totale de la Constitution fédérale. Quant aux tribunaux d'échevins, la prédiction du Professeur HAUSER, selon laquelle cette institution est condamnée à disparaître dans un avenir prochain, se confirme également (5). Dans les trois cantons alémaniques, qui prévoient encore l'institution des tribunaux de jury, il existe des projets de loi tendant à leur abolition.

Même si les défauts qui ont favorisé une telle évolution ne se limitent pas aux tribunaux d'échevins, la participation des laïcs aux autres tribunaux répressifs ne se trouve pas remise en question. Il semble que cette tradition se trouve le moins dérangée là où la participation des laïcs est la plus importante. De même, la doctrine approuve la nécessité de faire participer à la justice le citoyen qui n'a pas forcément une formation juridique, surtout en ce qui concerne les instances inférieures. La tendance est aujourd'hui que les juges de carrière remplacent les juges laïcs, non pour des raisons de méfiance à l'égard de ces derniers, mais plutôt par la nécessité (dûe à la surcharge des tribunaux) de remplacer des juges à titre de fonction annexe par des juges de carrière.

2.4 - La "Cour Suprême" : Le Tribunal fédéral

2.4.1 - Organisation de la justice pénale

a) Vue d'ensemble et bases légales - Selon les articles 1 I PPF et 12 I d-q, II OJF, le Tribunal fédéral détient, pour l'essentiel, une double fonction dans le domaine de la justice pénale. Le Tribunal fédéral est le **tribunal de première instance** pour les cas soumis par la loi à la juridiction fédérale et **autorité de recours** pour des jugements pénaux cantonaux et fédéraux.

---

(3) Cf KRAUSS : Die Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung im schweizerischen Strafverfahren, recht 1986, 73 ss./1987, 42 ss., spécialement 49 ss.

(4) Cf KRAUSS, p. 50.

(5) Am Ende von Schwur- und Geschworenengerichten ?, Festgabe SCHULTZ, RPS 94 (1977) 263.

Quand on parle de justice pénale fédérale au sens large, il convient aussi de mentionner la jurisprudence de la **Première Cour de droit public du Tribunal fédéral**, instance saisie dans le cadre de **recours de droit public** pour violation de droits constitutionnels par des décisions et arrêtés cantonaux selon l'article 84 OJF I a. Cette voie de droit a aussi atteint une grande importance sur le plan de la justice pénale. Il y a lieu de relever les garanties de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, la liberté personnelle et l'égalité devant la loi (art. 4 CF, y compris le droit d'être entendu). Quand un recours de droit public pour violation du droit constitutionnel - **connexe** à un pourvoi en nullité - est pendant, le règlement du Tribunal fédéral prévoit dans son article 7 que de tels recours connexes doivent être jugés par la **Cour de cassation.** Il s'agit surtout des recours pour appréciation arbitraire des faits ou des preuves et pour violation du droit d'être entendu. Parallèlement, la Cour de cassation est saisie par des **recours de droit administratif** concernant l'exécution des peines (voir art. 7 ch. 3 du règlement précité).

b) Nomination, équipement et charges de la Cour de cassation en particulier - A la différence des Cours de droit public et droit civil, la Cour de Cassation ne se compose que de cinq juges qui, à l'exception de la procédure sommaire prévue par l'article 275 bis PPF, délibèrent en commun (OJF art. 15 I). Les cinq juges disposent de l'aide d'un suppléant et de cinq greffiers. Même si le nombre des suppléants ou des autres collaborateurs juridiques a augmenté au cours de ces dernières années, de même que tout le personnel (6), il reste toujours à améliorer l'organisation du tribunal. Selon le rapport d'une Commission d'experts, les grands défauts de l'organisation judiciaire actuelle (7) résident dans le manque de capacité de personnel près les tribunaux, non seulement dans le domaine des fonctionnaires, mais aussi dans celui des collaborateurs juridiques. Il y a lieu de constater, d'autre part, que le développement de l'organisation s'est réalisé par l'augmentation des suppléants, des greffiers ou d'autres collaborateurs, mais que les structures de travail n'ont pas été adaptées à cette augmentation de personnel. De même, la Cour de Cassation est également touchée par le problème de la surcharge de travail. Déjà, en 1957, la Cour de Cassation était d'avis qu'il ne fallait pas admettre de recours en nullité pour des contraventions de moins de 100 Frs. Le nombre de pourvois en nullité est passé de 500 dans les années 50 à 1100 affaires par année actuellement.

---

(6) Cf message concernant la révision de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire, FF 1985 II. p. 755 ss. ; rapport de la Commission d'experts pour la réorganisation de la procédure fédérale, sous-commission des questions d'organisation, rapport final du 12.6.1979, Berne 1982, 14.

(7) note 20, 10.

2.4.2 - Caractéristiques du pourvoi en nullité

a) Bases légales - Les discussions en vue de la création d'une voie de recours pénale sur le plan fédéral ont été marquées, depuis l'unification du droit matériel, par la contradiction entre la souveraineté cantonale (art. 64 bis CF : "l'organisation des tribunaux, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure que dans le passé") et le devoir du législateur de donner des attributions au Tribunal fédéral ayant pour but d'assurer l'application uniforme des lois (art. 114 CF). Se penchant de manière douteuse sur ces données constitutionnelles, le législateur a opté pour une voie de **recours extraordinaire, non-complète**, de **pure cassation.**

b) Importantes limitations d'accès en particulier

- Les jugements attaquables (art. 268 PPF) - Selon l'article 268 PPF le pourvoi en nullité n'est recevable que contre des **jugements** qui ne peuvent pas donner lieu à un recours de droit cantonal pour violation du droit fédéral, contre des **ordonnances de non-lieu** rendues en der-nière instance, ainsi que contre les **prononcés pénaux des autorités administratives** qui ne peuvent pas donner lieu à un recours aux tribunaux (art. 345 CPS et 269 CPS). En ce qui concerne les jugements, il y a lieu de relever que la loi exclut également les jugements de première instance qui ne peuvent pas donner lieu à un recours au niveau cantonal. Cette exclusion est en contradiction évidente avec l'idée d'unifier le droit pénal matériel.

- Griefs invocables (art. 269 PPF) - Selon l'article 269 PPF, le pourvoi en nullité n'est recevable que pour violation du droit **fédéral.** Selon la pratique du Tribunal fédéral, le droit fédéral **comprend** les principes généraux écrits et non-écrits du droit fédéral matériel et formel (par exemple : principes de la proportionnalité, de la libre appréciation des preuves), ainsi que les traités internationaux directement applicables. Des questions relevant de lois de procédure cantonale et, de manière injustifiée, le droit étranger en sont **exclus.** La restriction qui présente le plus de difficultés, tant sur le plan pratique que doctrinal, résulte du deuxième alinéa de l'article 269 PPF selon lequel le recours de droit public pour violation de droits constitutionnels reste réservé. L'article 273 I PPF rappelle clairement que l'objet du recours ne peut être que la violation des règles de **droit** fédéral. "Il ne peut être présenté des griefs contre les constatations de faits".

- Procédure simplifiée (art. 275 bis) - Une délégation de trois juges à la Cour de cassation peut, si elle est unanime, décider de ne pas examiner le fond des pourvois manifestement irrecevables ou rejeter ceux qu'elle considère comme mal fondés. Dans ces cas l'arrêt de rejet

est motivé sommairement. Depuis la révision de 1965, une délégation de trois juges peut aussi statuer sur les pourvois dirigés contre une condamnation à une amende inférieure à 100 Frs. L'importance pratique de cette procédure sommaire s'exprime par les chiffres même avant la révision : environ 57 % des pourvois en nullité ont été jugés par cette délégation de trois juges.

2.4.3 - Présentation de quelques problèmes fondamentaux

Sans entrer plus en détail dans une discussion sur la pratique du Tribunal fédéral, il convient néanmoins de mentionner quelques problèmes qui surgissent de l'organisation, des moyens d'accès et de l'étendue du pouvoir de contrôle. Il y a lieu de mentionner ici des restrictions de pouvoir de cognition ambiguës que le Tribunal fédéral s'est imposé dans le cadre des décisions d'appréciation discrétionnaires (plus particulièrement en ce qui concerne la fixation de la peine), ainsi que des retards inutiles causés par le caractère cassatoire du pourvoi en nullité. A notre avis, les problèmes les plus difficiles surgissent par la double voie des moyens de droit, selon l'article 269 II PPF, est réservé le recours de droit public pour violations de droits constitutionnels.

2.4.4 - Perspective de lege ferenda

Finalement, il y a lieu de mentionner la discussion qui s'est ouverte sur la révision et la modernisation de l'administration de la justice fédérale. Selon une proposition du Conseil fédéral, le Tribunal fédéral pourrait se décharger par l'introduction de certaines mesures, soit :

1. mesures au niveau du personnel ainsi que de l'administration ;
2. réduction systématique du quorum à trois juges, la décision des questions juridiques d'importance fondamentale étant réservée ;
3. prise de décision sans délibération publique et motivation sommaire de ne pas entrer en matière sur un recours **faute d'importance de la cause.**

C'est l'introduction de cette procédure d'autorisation qui a provoqué, en première ligne, un mouvement d'opposition. La Commission consultative du Conseil National s'est notamment opposée à des limitations d'admission et préfère, à l'heure actuelle, se contenter de mesures pour ce qui a trait au personnel et à l'administration.

2.5 - **Le Parquet**

2.5.1 - Introduction

Comme l'évolution du droit en Suisse fut considérablement influencée par le droit français, l'organisation des autorités répressives se fonde

sur une répartition tripartite : police, juge d'instruction, ministère public (8). La procuration des informations les plus relevantes concernant les faits incriminés et le coupable se fait, le plus souvent, à la suite des investigations de la police, par le juge d'instruction. L'instruction est généralement confiée à des juges d'instruction plus ou moins autonomes et indépendants du Ministère public. L'attribution principale du Ministère public consiste dans le fait d'actionner la plainte pénale et de la soutenir devant le tribunal (9).
Le Ministère public, ainsi que les juges d'instruction, sont soumis, en tant qu'organes de la justice, au **devoir d'objectivité** (10). Au plan cantonal, les Ministères publics sont en général centralisés, tandis que les juges d'instruction sont décentralisés, c'est-à-dire compétents par district. Sur le plan fédéral, le Ministère public de la Confédération remplit les fonctions du Ministère public au niveau cantonal.

2.5.2 - Rôle du Ministère public dans la procédure préliminaire

a) Modèle 1 : Ministère public en tant que partie - La moitié des lois de procédure pénale prévoit que l'instruction, basée sur le système classique français, doit être conduite par un organe judiciaire qui ne dépend pas du Ministère public, en la personne d'un **juge d'instruction.** Le Ministère public ne fonctionne qu'en qualité de **partie** (11). Il ne peut que requérir auprès du juge d'instruction (12). L'instruction est unitaire dans la majorité des cantons. Le juge d'instruction peut participer activement aux enquêtes préalables, donner des instructions, s'attribuer la procédure et ordonner une instruction. Cependant dans certains cantons ainsi que dans la procédure pénale fédérale, **la procédure préliminaire est bipartite,** selon l'exemple français. Lors de la phase

(8) Cf NOLL : Strafprozessrecht, Vorlesungsskriptum, Zurich, 1977, 21.

(9) Cf NOLL, (note 8) 27.

(10) Cf HAUSER : Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2ème édition, Bâle 1984, 58 s.

(11) Cf NOLL, (note 8) 26 ; DRIENDL/MARTY : Staatsanwaltschaft und Strafverfolgung in der Schweiz, en : Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht, Band 6 der rechtsvergleichenden Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft, 3. Folge, Baden-Baden 1979, 353. Ceci concerne les cantons UR (Uri), NW (Unterwald-Midwald), GL (Glaris), ZG (Zoug), FR (Fribourg), SH (Schaffhouse), AG (Argonie), VD (Vand), VS (Valais), NE (Neuchâtel), GE (Genève) et TI (Tessin), ainsi que la procédure pénale militaire et la procédure pénale fédérale.

(12) Cf RIKLIN : Zur Aufgabenverteilung zwischen Staatsanwaltschaft und Untersuschungsrichtern nach schweizerischem Strafprozessrecht, in : Gedächtnisschrift für Peter NOLL, Zurich 1984, 369 ff. 371 f.

préliminaire c'est le Ministère public qui dirige la police judiciaire. Sur la base des investigations préliminaires, le Ministère public décide sur la poursuite pénale. S'il est évident qu'une instruction doit être ouverte, le Ministère public en charge le juge d'instruction. Celui-ci n'entre en fonction qu'une fois saisi par le Ministère public (13).
Dans les affaires pénales qui relèvent de la juridiction fédérale (14), c'est le Procureur de la Confédération qui dirige les recherches de la police judiciaire (15). A la clôture de celles-ci, la plupart des causes pénales qui n'ont pas été suspendues (art. 106 PPF) sont déférées aux cantons (Cf art. 18 PPF et 344 CP) (16). Seules les affaires revêtant une importance juridique ou politique particulière font l'objet d'une procédure pénale sur le plan fédéral, laquelle débute par l'instruction préliminaire dont l'ouverture est requise par le Procureur de la Confédération (art. 108 ss. PPF).

b) Modèle 2 : Ministère public en tant que magistrat d'instruction - Selon les autres lois de procédure, l'instruction est exercée par une autorité qui, bien que séparée, n'est pas indépendante du Ministère public (17). Le Ministère public détient ici un rôle de supérieur hiérarchique. A part d'autres compétences concernant l'instruction (telles que la consultation du dossier ou la participation à la démonstration des preuves), le Ministère public dispose - contrairement au système français (18) - **du droit de donner des instructions et des directives** aux juges d'instruction (19). Plusieurs cantons permettent au Ministère public d'ordonner lui-même certaines mesures de contrainte. Dans peu de cantons les fonctions de l'instruction et de l'accusation sont exercées par la même personne : soit le juge

(13) Cf RIKLIN, (note 12) 380 s. et HAUSER, (note 10) 214. Cette pratique concerne la procédure pénale fédérale ainsi que les cantons NE (Neuchâtel), GE (Genève), Ti (Tessin) et aussi AG (Argonie) dans certains aspects.

(14) Cf Art. 340 CP et le tableau des arrêtés dans RPS 87 (1971) 169, qui , en gros, est encore valable actuellement.

(15) Cf Art. 15 et 104 PPF.

(16) Cf Art. 19 ch. 5 ACF du 17.11.1914/23.12.1968, RS 172.011. La décision pénale cantonale est soumise à l'examen des autorités fédérales par le biais des voies de recours (art. 266, 268 et 270 al. 6 PPF).

(17) Cf NOLL, (Note 8) 26. Ceci concerne les cantons ZH (Zurich), BE (Berne), LU (Lucerne), SZ (Schwyz), SO (Soleure) (avec réserve), BL (Bâle-Campagne), AR (Appenzell - Rhodes Extérieurs), SG (St Gall), GR (Grisons), TG (Thurgonie), JU (Jura) et par analogie AI (Appenzell -Rhodes Intérieurs) et OW (Unterwald-Obwald). Cf pour plus de détails RIKLIN, (Note 12) 371.

(18) Cf DRIENDL/MARTY, (note 11) 352.

(19) Cf RIKLIN, (note 12) 370 s.

d'instruction, pour des affaires de moyenne ou de légère gravité qu'il instruit, fonctionne devant le tribunal comme représentant du Ministère public ou pour le moins peut déférer l'accusation, soit les procureurs sont autorisés à mener l'enquête dans tous ou certains cas définis et soutiennent par la suite l'accusation.

c) Appréciation - Lequel de ces deux systèmes est le plus judicieux et devrait être préféré à l'autre ? Les avis divergent. En Suisse, la phase de l'instruction est d'une grande importance. Dans la plupart des cantons, les lois de procédure pénale sont empreintes, dans une forte mesure, du principe de l'immédiateté facultative (20) et un constat des preuves dirigé par le juge n'a lieu qu'en cas de contestation des faits (21). Sous cet angle, il convient de relever, au profit des juges d'instruction autonomes, que grâce à eux une séparation des pouvoirs est réalisée au niveau de la procédure préliminaire (22). Par contre, lorsque les fonctionnaires d'instruction sont subordonnés aux directives du Ministère public, celui-ci jouit d'une puissance significative. Cette problématique est toutefois atténuée par le fait que dans la plupart des cantons concernés, en dépit des compétences d'instruction ou de surveillance, la fonction de magistrat d'instruction du Ministère public est secondaire (23) et les directives formelles peu nombreuses dans les cas particuliers (24). Toutefois, en tenant compte des réalités helvétiques, lors de l'instruction, les modalités en vigueur dans certains cantons selon lesquelles est réunie **la double fonction de l'instruction et de l'accusation** en la personne du procureur ou du juge d'instruction, demeurent discutables. En doctrine, on constate un conflit de visées entre une conduite rationnelle du procès et la protection du citoyen par la séparation du pouvoir judiciaire. Il nous manque une mesure compensatoire comme en Allemagne Fédérale où l'instruction judiciaire a été abolie et la toute puissance du Ministère public chargé de l'instruction restreinte en ce sens que, lors du prononcé de mesures

(20) Cf HAUSER, (note 10) 139 f., 218 ; KRAUSS : Die Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung im schweizerischen Strafverfahren, recht 1986, 73 ss./1987, 42 ss. spec. 43 ss.

(21) Cf RIKLIN, (NOTE 12) 373.

(22) Cf DRIENDL/MARTY, (note 11) 353 ; RIKLIN, (note 12) 372 s.

(23) Cf PFENNINGER, Der öffentliche Ankläger im schweizerischen Strafverfahren, in : Probleme des schweizerischen Straprozessrechts, Zurich 1966, 55 ss., 72 ; DRIENDL/MARTY, (note 11) 345.

(24) Cf LOCHER : Die Zusammenarbeit zwischen Untersuchungsrichtern und Polizei im St. Gallischen Straprozess, Thèse Zurich 1982, 33 ; Cf HUBER, Die Stellung des Beschuldigten - insbesondere seine Rechte - in der Strafuntersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, Thèse Zurich 1974, 14 N 64.

répressives graves, l'entraide d'un juge doit être requise (25).

2.5.3 - Influence du Ministère public sur la perception de la plainte pénale (principes de légalité et d'opportunité) et le cours de la procédure

Le Ministère public jouit d'une influence déterminante lors de **l'ouverture d'une procédure** là où les juges d'instruction lui sont subordonnés hiérarchiquement. Il en va de même dans les cantons munis de juges d'instruction, mais où le Ministère public dirige les investigations préliminaires de la police judiciaire. L'influence du Ministère public reste, par contre, limitée dans les seuls cantons où fonctionnent des juges d'instruction et où se déploie une procédure préliminaire unitaire.

Le Ministère public exerce régulièrement une influence déterminante lors de la **suspension d'une procédure**. Dans la plupart des cas, le Ministère public ordonne lui-même la suspension (ou doit approuver la décision du juge d'instruction, ou peut recourir contre sa décision) (26).

Quant à la possibilité pour le Ministère public ou pour le juge d'instruction de renoncer à une poursuite pénale, les règlementations des Codes de procédure des cantons peuvent être groupées en 3 catégories.

- Conformément à la tradition du droit français, certains cantons, ainsi VD (Vand), NE (Neuchâtel) et GE (Genève), connaissent le principe de l'opportunité (formellement illimitée) en faveur des autorités pénales, plus particulièrement du procureur.

- Un autre groupe de cantons (AG (Argonie), AR (Appenzell - Rhodes Extérieurs), UR (Uri), SZ (Schwyz), BS (Bâle-Ville), BL (Bâle-Campagne), SH (Schaffhouse)) connaît un principe d'opportunité limité, selon lequel les exceptions à l'obligation de poursuite sont codifiées comme p. ex. : culpabilité insignifiante et conséquences sans importance, insignifiance des infractions accessoires lors d'une poursuite parallèle pour délits graves du même coupable, etc...

- Un troisième groupe, qui réunit le plus grand nombre de cantons, prescrit le principe strict de la légalité (27).

Il est certainement peu satisfaisant que trois règlementations diffé-

---

(25) Cf § 162 Code de procédure pénale allemand : Roxin, Strafverfahrensrecht, édition 17, Munich 1982, 52 s.

(26) Pour plus de détails, Cf DRIENDL/MARTY, (note 11) 378 s. et 472 ss.

(27) Cf HAUSER, (note 10) 130 ; DRIENDL/MARTY, (note 11) 386 s.

rentes relatives à cette question existent en Suisse. Pour des raisons de sécurité juridique ainsi que de parité de droits il y a lieu de retenir des règlementations qui fixent clairement les exceptions à l'obligation de poursuite (28). On peut constater d'une manière positive que la révision de la partie générale du droit pénal prévoit, sur le plan du droit pénal matériel fédéral, des moyens d'exemption de la peine, applicables dans tous les cantons, selon lesquels l'autorité compétente peut renoncer à la poursuite pénale, à l'assignation en justice ou décider de la libération d'une pénalité. Dans son avant-projet, le Professeur SCHULTZ préconise une exemption de la peine lorsque l'auteur a été gravement atteint à la suite de son acte, lors d'une absence d'intérêt à punir et dans certains cas de réparation (29).

C'est le principe de la légalité qui prévaut dans la procédure pénale fédérale. Il est fait abstraction de ce principe dans quelques cas prévus expressément par la loi, non en faveur du Procureur de la Confédération, mais du Conseil fédéral (notamment pour la poursuite des délits politiques qui nécessitent une autorisation du Conseil Fédéral selon les art. 105 PPF et 302 CPS).

2.6. L'autorité de mise en accusation

L'accusateur ne peut qu'exceptionnellement décider seul de l'accusation. Certains cantons connaissent une procédure intermédiaire, selon laquelle une instance judiciaire (le tribunal compétent au fond ou une chambre d'accusation) examine si les faits incriminés justifient un jugement, dans le but de préserver l'accusé d'une inculpation injustifiée et d'éviter une surcharge inutile des tribunaux (30).

Dans une partie de ces cantons, attachés au modèle français, le procureur ne peut établir qu'une **requête d'accusation**. Dans la règle, c'est la Chambre d'accusation, instance indépendante du tribunal compétent au fond, qui statue sur la requête (p. ex. NW (Unterwald-Midlwald), GL (Glaris), FR (Fribourg), VD (Vand), NE (Neuchâtel), GE (Genève)) (31). La procédure est semblable dans d'autres cantons

(28) Cf HAUSER, (note 10) 131, approuvant ATF 109 IV 40.

(29) Cf SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches "Einführung und Anwendung des Gesetzes" des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Berne 1987, 132 ff. (avant- projet article 53-55).

(30) Cf HAUSER, (note 10) 229 ; PFENNINGER : Die Frage der Anklagezulassung, in : Probleme des Schweizerischen Strafprozessrechts, Zurich 1966, 212 ss. ; Cf CLOETTA : Nichtanhandnahme und Einstellung der Strafuntersuchung in der Schweiz, Thèse Zurich 1984, 33 ss. (en détail et avec d'autres références).

(31) Cf HAUSER, (note 10) 228.

où le procureur intente l'accusation d'une façon indépendante, cette dernière devant, dans une procédure spéciale, être admise par la Chambre d'accusation (ainsi PPF, ZH (Zurich)) (32). Dans d'autres cantons, l'accusé **ne peut s'opposer que par voie de recours à la mise en accusation** (ainsi BS (Bâle-Ville), BL (Bâle-Campagne), SG (St. Gall), GR (Grisons), TI (Tessin)). S'il y renonce, on ne procédera pas à l'examen préliminaire de l'accusation. Sinon, c'est la Chambre d'accusation ou une instance semblable qui se prononce sur la recevabilité de l'accusation (33). Une quatrième solution, la plus appropriée et à conseiller pour une simplification de la procédure, consiste à diriger directement l'accusation **vers le tribunal compétent au fond** (34). Ce dernier examine d'office ou sur requête de l'accusé, avant l'examen matériel, si les conditions préalables à la mise en accusation sont remplies (ainsi CPPM, SH (Schaffhouse), SZ (Schwyz), AR (Appenzell-Rhodes Extérieurs), TG (Thurgonie), AG (Argonie)) (35). Cette conception s'affirme de plus en plus (36).

En règle générale les juges qui statuent sur le bien-fondé de l'accusation collaborent par la suite à la constitution du jugement, qu'il s'agisse du tribunal compétent au fond qui décide lui-même de l'admission de l'accusation ou qu'il s'agisse, pour les Chambres d'accusation, de trancher dans une procédure de recours. A cause de la faculté de cognition restreinte de l'instance de renvoi, cette situation ne représente généralement pas d'inconvénient (37) si l'examen de cette instance porte sur l'intégralité de l'instruction, ou se limite à la question de savoir si les aspects juridiques sur lesquels peut être porté un jugement préalable aux débats judiciaires s'opposent au traitement par le tribunal compétent (p. ex. absence des conditions de procédure, accusation défectueuse ou incomplète et lorsque les faits évoqués n'ont pas la qualification de délit). Par contre, la situation est problématique lorsque l'autorité de renvoi doit déterminer si les soupçons présents suffisent à une mise en accusation (38). Le Tribunal fédéral a pris derniè-

(32) Cf HAUSER, (note 10) 228 ; CLOETTA, (note 32) 41.

(33) Cf HAUSER, (note 10) 229 ; CLOETTA, (note 32) 41 ; PFENNINGER, (note 32) 220 s. avec critique.

(34) Cf PFENNINGER, (note 32) 230 et HAUSER, (note 10) 229.

(35) Cf HAUSER, (note 10) 229.

(36) Cf HAUSER, (note 10) 229 ; voir aussi PFENNINGER, (note 32) 224 s., 229 et CLOETTA, (note 32) 41.

(37) Cf PFENNINGER, (note 32) 227 s. ; ATF 91 I 6 s. ; HAUSER, (note 10) 229 s.

(38) Cf HAUSER, (note 10) 229 ; PFENNINGER, (note 32) 227 s. ; BUCHMANN : Das Zwischenverfahren im schweizerischen Strafprozessrecht, Thèse Zurich 1936, 107.

rement une décision dans ce sens en soutenant que, pour des cas de ce genre, un juge qui avait collaboré à la décision de renvoi par l'intermédiaire de la Chambre d'accusation, ne pouvait juger au fond ; ce serait en contradiction avec la garantie d'un juge impartial et exempt de préjugés ou de parti pris d'après les articles 58 al. 1 Cst. et 6 ch. 1 CEDH (voir ATF 114 I 50 ff. ; cela concerne le canton de ZH (Zurich)).

2.7 - **La défense**

2.7.1 - Capacité de défenseur

En Suisse, **la profession d'avocat** est réglementée sur le plan cantonal. L'exercice professionnel (fourni contre paiement) de défenseur, est réservé exclusivement aux avocats patentés (39).

2.7.2 - Modes de défense

Hors du domaine de la procédure pénale militaire, une défense obligatoire générale n'est pas prévue (40). L'inculpé a toutefois le droit de se faire assister à chaque stade de la procédure par **un défenseur de son choix** (mandaté par lui-même).

La défense obligatoire n'est prévue que dans certains cas particuliers, p. ex. lors de certains délits graves, lors d'une détention préventive qui perdure, lorsque la capacité d'ester en justice est entravée, etc... (41). Lors d'une défense obligatoire, l'inculpé peut mandater un défenseur de son choix qu'il doit rémunérer par ses propres moyens (42). S'il n'entreprend pas cette démarche, **un défenseur d'office** est attribué à l'inculpé (43). Lors de la nomination du défenseur d'office, il faut retenir, sous réserve de raisons justifiées, les propositions de l'inculpé (44). L'Etat rétribue le défenseur d'office (45). Ces frais seront ajoutés aux émoluments de justice, si les conditions d'une assistance judiciaire gratuite ne sont pas remplies (46). Il n'est pas satisfaisant de constater que les défenseurs d'office sont rémunérés de manière fort réduite par rapport aux tarifs appliqués dans la profession

(39) Cf NOLL, (note 8) 48.

(40) Cf HAUSER, (note 10) 94.

(41) Cf HAUSER, (note 10) 94 ; NOLL, (note 8) 46.

(42) Cf NOLL, (Note 8) 46.

(43) Cf NOLL, (Note 8)46.

(44) Cf HAUSER, (Note 10) 95 ; ATF 105 Ia 302 ; NOLL, (Note 8) 47.

(45) Cf HAUSER, (Note 10) 95.

(46) Cf NOLL, (Note 8) 47 ; HAUSER, (Note 10) 95.

d'avocat. Non seulement les mêmes droits leur incombent mais encore les mêmes devoirs d'attention qu'aux défenseurs privés (47). D'autant plus que les avocats patentés du canton compétent doivent accepter l'assignation d'une défense d'office.

Selon la loi cantonale, l'inculpé a le droit à **une assistance judiciaire gratuite** lorsque, indépendamment de l'absence de moyens financiers, il existe des raisons particulières qui justifient une assistance ou une représentation compétente (48). Dans la plupart des cas, les conditions d'une défense nécessaire doivent être remplies (49). Selon la pratique du tribunal fédéral, la revendication d'une assistance judiciaire gratuite peut également être déduite de l'article 4 de la Constitution fédérale, mais seulement dans des cas d'une certaine gravité et complexes en ce qui concerne les faits ou les questions de droit ou lorsqu'une peine de plus de 18 mois ou une mesure privative de liberté sont à prévoir (50).

2.7.3 - Rôle du défenseur en général

Le rôle du défenseur au long de la procédure est comparable à celui rempli dans d'autres pays. Il est généralement reconnu que tout au long de la procédure, dans l'intérêt d'une défense efficace, le rôle de défenseur doit rester indépendant. L'activité de l'avocat ne peut être soumise au contrôle et à l'appréciation du tribunal ou de l'autorité de surveillance que de manière restreinte (51). L'avocat ne doit pas non plus être lié étroitement envers son mandat. Il est en droit de soumettre et de justifier des requêtes qui ne reflètent pas l'opinion du client, pour autant qu'elles soient dans son intérêt (52). En tant que représentant de l'inculpé, il est en droit, avec l'approbation de celui-ci, de soumettre et de retirer des moyens de recours (53). L'indépendance de l'avocat trouve ses limites dans l'ordre juridique (p. ex. art. 305 et 321 CPS) ainsi que dans les règles de la profession d'avocat (54). Par ailleurs, l'inculpé peut révoquer en tous temps le mandat qu'il a conféré à un défenseur de son

(47) Cf HAUSER, (Note 10) 95 s.

(48) Cf HAUSER, (Note 10) 96.

(49) Cf HAUSER, (Note 10) 95 s.

(50) Cf ATF 102 Ia 91 s., 103 Ia 5 ; NOLL, (Note 8) 47 ; Cf HÄFLIGER : Der bundesrechtliche Anspruch auf unentgeltliche Verteidigung, in Festgabe für Hans SCHULTZ, RPS 94 (1977) 287 ss.

(51) Cf HAUSER, (Note 10) 97.

(52) Cf HAUSER, (Note 10) 97 ; RSJ 56 (1960) 261 s. ; BIZR 61 (1962) n° 10.

(53) Cf HAUSER, (Note 10) 98.

(54) Cf ATF 106 Ia 104 s. ; HAUSER, (Note 10) 97.

choix (55). En guise de protection de son client, l'avocat est soumis au secret professionnel (art. 321 CPS). En corrélation avec son devoir de garder le secret, l'avocat est en droit de refuser de témoigner et de restituer des documents (56). Le droit du refus de témoigner est lié à une interdiction de confiscation. De même lors de la surveillance des conversations téléphoniques, il y a lieu de tenir compte du secret professionnel du mandaté (57).

2.7.4 - Le rôle du défenseur pendant la procédure préliminaire et en particulier en cas de détention préventive d'un inculpé

Il est important que l'inculpé puisse disposer au plus tôt de tous les moyens, autorisés juridiquement, pour sa défense (58). Cela est particulièrement important en Suisse, étant donné que pour de nombreux cantons la démonstration des preuves se fait en grande partie lors de l'instruction et que le principe de l'immédiateté des débats n'est réalisé que de façon limitée (59). Il est dès lors important que le défenseur puisse être présent lors d'auditions dans le cadre de l'instruction. Dans ce domaine, la réalité juridique suisse n'est pas partout satisfaisante. Certaines anciennes procédures se basent sur le secret de l'instruction (60). La présence du défenseur de l'inculpé est considérée, lors de cette phase de la procédure, comme perturbante et compromettante à la bonne marche de l'instruction. En opposition, des lois de procédure modernes ont tendance à admettre la présence des parties aux actes essentiels de l'instruction (61). La possibilité de l'exclusion du défenseur et la restriction d'une consultation du dossier sont réglées assez généreusement (62). Certains cantons connaissent la pratique de n'admettre le défenseur à l'audition qu'après un premier interrogatoire intensif de l'inculpé, tout particulièrement en cas de

(55) Cf NOLL, (Note 8) 49.

(56) Cf NOLL, (Note 8) 49.

(57) Cf HAUSER, (Note 10) 98.

(58) Cf HAUSER, :Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiet des Strafverfahrens, RPS 90 (1974) 225 ss., 238s.

(59) Cf supra 2.5.2- c)

(60) Cf HAUSER, (Note 10) 220; RIKLIN : Zur Parteiöffentlichkeit der Voruntersuchung im solothurnischen Strafprozessrecht, In : Festschrift 500 Jahre Solothurn im Bund, Soleure 1981, 399.

(61) Cf HAUSER, (Note 10) 220 s. ; RIKLIN, (note 62) 399.

(62) Cf RIKLIN, (note 62) 400 ss. ; RIKLIN : Postulate zur Reform der Untersuchungshaft, RPS 104 (1987) 57 ss. , 86 ; HAUSER, (Note 10) 219 ss. ; ATF 101 Ia 51 s. ; 103 Ia 297 s.

détention préventive (63). Le contact libre et non surveillé entre l'avocat et l'inculpé est très important pour une défense efficace. Cette possibilité est entravée en cas d'arrestation. Les lois de procédure règlent les restrictions de communication entre l'inculpé en détention et son défenseur d'une manière différente (64). Des restrictions sont admises lorsque l'objectif de l'instruction est compromis (65). Un moyen de pression problématique est constitué notamment par la pratique de la "mise au secret", connue dans quatre cantons romands, qui entraîne, entre autres, la restriction de la libre communication avec le défenseur (66). Le tribunal fédéral admet, sur la base du droit constitutionnel à la liberté personnelle et de l'article 6 indice 3 de la Convention Européenne des Droit de l'Homme, des restrictions de la communication entre l'accusé détenu et son défenseur uniquement si d'importants motifs le justifient tout en respectant le principe de la proportionnalité (67). Le risque de collusion est à fixer au premier plan comme motif important (68). Le tribunal fédéral admet même une restriction des droits de défenseurs dont l'intégrité n'est pas mise en doute, car même des avocats pourraient devenir, consciemment ou non, des complices de transmission et provoquer la collusion (69). Les nouvelles règlementations de procédure sont à louer, étant donné la réalisation de l'extension de la défense obligatoire en cas de détention préventive d'une certaine durée (70).

2.8 - **Police judiciaire et autorité judiciaire**

2.8.1 - Organisation de la police

La souveraineté en matière de police est du ressort cantonal. Sur la plan fédéral, il existe une police fédérale. Son champ d'activité est toutefois restreint au domaine de la justice pénale fédérale, ce qui veut

---

(63) Cf ATF Ia 18 et DPA art. 39 III.

(64) Cf détails dans HAUSER, (Note 10) 98 s. et UTZ : Die Kommunikation zwischen inhaftiertem Beschuldigten und Verteidiger, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe C, Band 3, Bâle 1984, 4 ss.

(65) Cf UTZ, (note 66) 145 ss. avec une appréciation critique.

(66) Comp. les références littéraires dans ATF 103 Ia 299 ss ; 101 Ia 50 ss. ; Cf en outre TRECHSEL : Quelques observations au sujet de la "mise au secret", RPS 98 (1981) 235 ss.

(67) Cf ATF 105 Ia 100, 380 ; 106 Ia 223 ; HAUSER, (note 10) 98 s.

(68) Cf HAUSER, (Note 10) 98.

(69) Cf ATF 106 Ia 221 s. ; 107 IV 28 ; 111 Ia 350, 352 ; Cf critique chez UTZ, (note 66) 90 s., 99 s.

(70) Cf RIKLIN, (note 64) 90, en particulier N 248.

dire, à des cas précis.

Dans tous les cantons il existe une police cantonale. Divers cantons prévoient également des unités de police criminelle spécialisées (commissariat criminel, police de sûreté) (71).

L'organisation des autorités de police est soumise non pas au département de justice mais aux départements cantonaux de police (72).

2.8.2 - Collaboration avec les autorités judiciaires en général

Selon la plupart des codes de procédure, l'administration des preuves à lieu principalement pendant l'instruction menée par le juge d'instruction. Les tâches d'enquête qui incombent à la police sont décrites de manière restrictive (premières investigations et préservation des preuves) (73). Les officiers et les unités de police, engagés au service de la procédure, sont soumis en principe à l'autorité du juge d'instruction (74), et exceptionnellement, en particulier dans les cantons qui connaissent une procédure préliminaire bipartite (voir supra 2.5.2 - a)), du ministère publique (ainsi dans les cantons de BS (Bâle-Ville), GE (Genève), TI (Tessin), NE (Neuchâtel), AG (Argonie), et ZH (Zurich)) (75).

2.8.3 - Collaboration avec les juges d'instruction en particulier

a) Collaboration selon la loi - Selon les lois de procédure, le rôle de la police n'est pas de mener à terme les enquêtes mais de déterminer s'il existe suffisamment d'éléments nécessitant l'instruction d'une procédure pénale à l'encontre d'une personne déterminée (76). Sitôt cet état de faits établi, une instruction devrait être ouverte et dirigée par le juge d'instruction.

Selon le mandat restreint, la procédure de l'enquête préalable est de nature simple, secrète et tenue à peu de prescriptions de forme (77). Les garanties procédurales sont, par rapport à la procédure d'instruction, fort limitées.

b) Collaboration dans la pratique - Grâce à ses connaissances spécialisées, sa mobilité et ses moyens criminalistiques, la police dispose d'une organisation d'enquête forte. Ainsi, une tendance au dévelop-

(71) Cf DRIENDL/MARTY, (note 11) 358.

(72) Cf DRIENDL/MARTY, (note 11) 358 ; NOLL, (Note 8) 20 s.

(73) Comp. NOLL, (Note 8) 20 et plus loin III.1.

(74) Comp. p. ex. HAUSER, (Note 10) 215.

(75) Cf DRIENDL/MARTY, (note 11) 359.

(76) Cf HAUSER, (Note 10) 213 s. ; DRIENDL/MARTY, (note 11) 358.

(77) Cf HAUSER, (Note 10) 214.

pement de l'enquête préliminaire, au détriment de l'instruction (78), est constatée dans la pratique. Ceci ne répond pas aux intentions du législateur et, de fait, touche aux droits de l'inculpé, ces derniers étant fortement limités lors d'une enquête de police (79). De la sorte, les garanties de l'état de droit liées à la procédure ultérieure sont détournées. Ces contingences représentent un phénomène assez étendu et ne se rencontrent pas seulement en Suisse (80).

c) Propositions d'amélioration - Cette situation peut être améliorée de deux façons. On peut, tout d'abord, envisager une adaptation plus accentuée de la pratique présente à la loi en vigueur (p. ex. par un renforcement du nombre des juges d'instruction et des membres du ministère public).

Une autre possibilité consiste à adapter à la pratique les prescriptions légales, ce qui revient à légaliser un développement plus intense du travail d'enquête et un engagement plus conséquent de la police. Dans ce cas, une extension des garanties légales serait à prévoir (p. ex. autorisation de la détention et perquisition au domicile par un juge ainsi que de plus larges droits de la défense).

Une **solution intermédiaire** s'impose. Il n'est pas toujours judicieux de limiter l'activité de la police aux premières constatations. Certaines des activités qui dépassent ce stade sont sans aucun doute justifiées. Il faudrait donc trouver un modèle flexible qui ne réduirait pas outre mesure les compétences attribuées à la police et aux juges d'instruction, mais garantirait que des cas se trouvant dans une phase critique de la procédure préliminaire soient mis à temps aux mains du juge d'instruction. Dans ce contexte, on peut constater les postulats suivants (81) : organisation efficace des offices des juges d'instruction et du Ministère public ; codification détaillée des compétences d'intervention de la police ; création de mécanismes afin que les cas problématiques soient transmis à temps au juge d'instruction ; adaptation des droits de l'inculpé, lors d'investigations de la police à ceux qui lui appartiennent lors de l'instruction (82).

En Suisse, seules quelques tentatives craintives ont été entreprises à ce jour afin d'écarter les disparités décrites entre droit et pratique.

---

(78) Cf HAUSER, (Note 10) 216 ; DRIENDL/MARTY, (note 11) 359 ; NOLL, (Note 8) 20 ; LOCHER, (note 25) 134 ss.

(79) Cf DRIENDL/MARTY, (note 11) 359.

(80) Cf DRIENDL/MARTY, (note 11) 360.

(81) Les énumérations suivantes se refèrent en particulier aux travaux de LOCHER, (note 25) 148 ss.

(82) Cf LOCHER, (note 25) 148 ss.

2.9 - Le Ministre de la justice et la procédure pénale

2.9.1 - Compétence de nomination du pouvoir exécutif

Dans quelques cantons, le Gouvernement élit le représentant du ministère public (83). Sur le plan fédéral, c'est également le Gouvernement (Conseil fédéral) qui élit le Procureur de la Confédération. Mais dans la plupart des cantons, l'instance d'élection est le parlement ou le peuple (84).

2.9.2 - Surveillance du pouvoir exécutif

Selon les différents cantons, l'instance de surveillance du ministère public incombe à un tribunal ou au Gouvernement (85).

Le Ministère public de la Confédération, qui du point de vue du droit public est une autorité administrative, est également commis à la surveillance du Conseil général et non du Tribunal fédéral à Lausanne. Lorsque ce droit de surveillance appartient au pouvoir exécutif, inclut-il implicitement, le droit d'ordonner à un procureur de poursuivre un délit ou de classer une enquête ? Il est communément admis que cette surveillance est uniquement de nature administrative et ne peut concerner que la gestion des cas et non l'activité spécifique propre à la fonction (86).

Sur le plan fédéral également, il est admis que le Procureur général, en égard aux fonctions propres au ministère qu'il remplit sur la base de la loi sur la procédure pénale fédérale, occupe une position particu-lière (87). Dans ce domaine, le Ministère public de la Confédération n'est en effet pas une autorité administrative ordinaire mais un organe de l'administration de la justice auquel incombe la recherche de la vérité matérielle.

2.9.3 - Droits de donner des instructions appartenant au pouvoir exécutif.

Certaines anciennes lois de procédure prévoient un droit direct du Gouvernement de donner des instructions au Ministère public. Ce pouvoir est cependant étroitement restreint. Selon une conception

---

(83) Cf par ex. VD (Vand), ZH (Zurich), NW (Unterwald-Milwald).

(84) Cf DRIENDL/MARTY, (note 11) 339 s. ; PFENNINGER, (note 24) 72 s.

(85) Le pouvoir exécutif est l'autorité de surveillance, p. ex. en AG (Argonie), ZH (Zurich), TI (Tessin), SH (Schaffhouse), TG (Thurgonie), SO (Soleure).

(86) Cf DRIENDL/MARTY, (note 11) 340 ; Cf BRÜHLMEIER : Aargauische Strafprozessordnung, Kommentar, 2. édition Aarau 1980, N3 zu § 3 I.

(87) Cf PETER : Die Bundesanwaltschaft als Staatsanwaltschaft des Bundes, Zurich 1972, 16 s. avec des renvois

reconnue, ce droit ne s'étend qu'aux domaines du pouvoir discrétionnaire de la conduite technique de la procédure pénale et de l'application du droit ; en outre, ces directives trouveront leurs limites lorsqu'elles ne seront plus conformes à la loi (88).
En ce qui concerne la procédure pénale fédérale et le Ministère public de la Confédération, le Conseil fédéral, dans son message sur la loi fédérale de la procédure pénale de 1929 (89), constate que le Procu-reur général, en sa qualité de fonctionnaire de l'administration judi-ciaire, devait accepter les instructions quant à l'ouverture de poursuites pénales ou l'introduction de recours. Dans un rapport ultérieur aux Chambres fédérales du 23 août 1958, le Conseil fédéral, tout en se réfé-rant à son ancien message, a précisé que son droit de surveillance et de direction avait une signification avant tout pratique, au cas où le procu-reur lui-même violerait son devoir en agissant contrairement aux dispo-sitions légales. Dans la mesure où le principe de la légalité s'applique, le Gouvernement se considère également lié dans le cadre de son droit de donner des instructions. Le principe de la légalité n'oblige pas seulement le Ministère public. En effet, les directives du Gouvernement ne peuvent mésestimer les normes légales établies par des lois régissant l'activité des autorités inférieures (90) (91).

2.9.4 - Constatations finales

Un premier résultat de nos considérations démontre, indépendamment de la diversité des solutions cantonales, le rôle du Ministère public dans la plupart des cantons. Il est autonome et indépendant dans le cadre de l'accomplissement de ses devoirs et de ses décisions matérielles. C'est aussi le cas dans les cantons qui attribuent un pouvoir de surveillance et un droit de donner des instructions à l'exécutif (92).

---

(88) Cf HAUSER/HAUSER, Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich, Kommentar, 3. édition Zurich 1978, voir § 93 II. 2., 260.

(89) Cf FF 1929 II 591.

(90) Cf GERMANN : Zum strafprozessrechtlichen Legalitätsprinzip, RPS 77 (1961) 1 ss., 8.

(91) Demeurent cependant réservées, dans tous les cas, certaines dispositions spéciales, telles celles concernant la détention préventive (art. 44 PPF), la surveillance au moyen d'appareils techniques (art. 66 ss. en relation avec l'art. 72 PPF) et la perquisition de papiers (art 69 al. 3 PPF). S'agissant de la détention préventive, on a introduit ultérieurement , par respect pour la Convention Européenne des Droits de l'Homme, le contrôle judiciaire par la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral.

(92) Cf DRIENDL/MARTY, (note 11) 340, avec d'autres références de littérature dans N 17.

3.3 - **La petite délinquance**

Comme dans d'autres pays, dans le cadre de la lutte contre les délits mineurs (93), très répandus en Suisse, il faut distinguer entre les solutions de procédure et celles de droit matériel.

3.3.1 - Solutions de procédure

Les lois de procédure cantonales connaissent différentes modalités pour traiter les délits mineurs de manière rationnelle, mais conforme aux règles ordinaires de procédure pénale (94).

Selon une conception qui est de plus en plus répandue et estimée, les délits mineurs sont jugés par un **juge statuant seul**. Toutefois, lors de comparaisons intercantonales, de grandes différences apparaissent quant aux critères de délimitation des compétences entre les tribunaux collégiaux de première instance et le juge statuant seul.

La procédure d'**ordonnance pénale** a été spécialement conçue pour des délits mineurs. Mais là encore les conditions préalables sont décrites de façon divergentes (95). De ce fait, moyennant un mandat pénal, quelques cantons ne se contenteront que d'une amende alors que dans d'autres on peut être passible de plusieurs mois de détention. **La procédure en matière d'amende d'ordre** poursuit le même but que la procédure de l'ordonnance pénale et donne à la police le pouvoir de sanctionner sur le champ certaines contraventions par la perception immédiate d'une amende fixée de façon schématique (96). Au plan de la circulation routière, cette procédure est réglementée selon la loi fédérale sur les amendes d'ordre de la circulation routière du 24 juin 1970. Certains cantons prévoient cette procédure également pour d'autre délits (97).

Une série d'autres cantons connaissent, par ailleurs, **le principe d'opportunité** selon lequel il est possible, dans certains cas mineurs, de renoncer à poursuivre les délits (voir supra 2.5.3).

3.3.2 - Réalités de droit matériel

La Suisse ne connaît pas un "Ordnungswidrigkeitsrecht" séparé du droit pénal tel qu'il apparaît en droit allemand. Aussi, le Code pénal suisse ne connaît pas actuellement une règle générale d'opportunité

---

(93) Cf HAUSER : Die Behandlung der Bagatellkriminalität in der Schweiz, RPS 92 (1980) 298 ss.

(94) Cf HAUSER, (Note 10) 62.

(95) Cf pour plus de détails HAUSER, (note 10) 245 ss. ; DRIENDL/MARTY, (note 11) 463 ss.

(96) Cf HAUSER, (Note 10) 247 s.

(97) Cf HAUSER, (Note 10) 248.

dans le droit matériel pour des cas mineurs au sens du § 42 du Code pénal autrichien, qui prévoit un désistement lorsque la culpabilité de l'auteur et les conséquences de l'acte sont insignifiantes. La Suisse classifie les infractions en **crimes** (avec la réclusion comme peine la plus grave), **délits** (avec l'emprisonnement comme peine la plus grave) et **contraventions** (arrêts ou amende) (98). Le législateur a ainsi établi un nouveau type d'infraction pour des cas mineurs, en créant la contravention "bagatelle" (echte Bagatelldelikte) (99). Le législateur permet également dans beaucoup de cas de crimes et de délits, dans le cadre de la fixation de la peine, d'affirmer la gravité moindre d'un acte (unechte Bagatelldelikte) (100).

3.3.3 - Appréciation et perspective

Il est peu satisfaisant de constater qu'il manque à ce jour, en Suisse, une solution uniforme d'exemption de peine valable dans tout le pays (101). Celui qui commet une infraction de peu de gravité (délit mineur) peut rester exempté selon "l'état" d'une loi de procédure pénale cantonale alors que dans un autre canton une sanction lui serait infligée (102). Dans la mesure où, même à moyen terme, une uniformisation de la loi de procédure pénale sur le plan fédéral n'est pas à prévoir, une uniformisation des sanctions des délits mineurs ne peut être atteinte que par le moyen du droit pénal matériel (103). Dans l'avant-projet de révision partielle de la partie générale du code pénal, le Professeur SCHULTZ propose l'institution d'une règle d'opportunité qui prévoit l'exemption de poursuite ou de peine lorsque la faute de l'auteur d'une infraction est minime et lorsque l'infraction n'a eu aucune conséquence ou uniquement des conséquences insignifiantes (104).

---

(98) Cf BECKMANN : Das Bagatelldelikt und seine Behandlung im Strafgesetzbuch der Schweiz, Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft, tome 3, volume 13, Baden-Baden 1982, 27, 78, 110 ; cf. aussi CP art. 9 et 101.

(99) Cf BECKMANN, (note 98) 175.

(100) Cf BECKMANN, (note 98) 170.

(101) Cf BECKMANN, (note 98) 173.

(102) Cf BECKMANN, (note 98) 173.

(103) Cf BECKMANN, (note 98) 174.

(104) Cf Avant-projet SCHULTZ, art. 54 ; Cf en outre SCHULTZ (note 31) 133 ss.

THE RELATIONS BETWEEN THE ORGANIZATION OF THE JUDICIARY AND CRIMINAL PROCEDURE IN CZECHOSLOVAKIA

J. PIPEK

I. Definitions

The aim of criminal procedure is to regulate the proceeding of organs active in criminal procedure so as to properly ascertain the crimes and to punish fairly their perpetrators according to the law. Its aim is also crime prevention and the education of citizens to observe laws, see also the Czechoslovak Code of Criminal Procedure in § 1 para. 1. To fulfill its function, criminal procedure must enable the proper application of material law to achieve lawful, fair and generally convincing decisions based on objective truth and in full respect of the fundamental civil rights of persons involved in criminal proceedings.

The rules of material law cannot, of course, apply themselves. It is necessary for them to be applied by the competent organs which fulfill different functions in different sectors of criminal procedure. The rules of criminal procedure specify the rights and duties of these organs in the application of the rules of material law. These rules specify at the same time the rights and duties of other persons and organs involved in criminal proceedings.

The Czechoslovak theory distinguishes between the concept of the judiciary and the office of the prosecutor. The concept of the **criminal judiciary** covers the courts, the Ministry of Justice, other organs of the administration of justice and the legal profession. Differences exist in the legal regulation and legal status of the various sectors of the judiciary. The courts, the Ministry of Justice and other organs of the administration of justice are State organs as opposed to the legal profession which does not have the character of a State organ. The Prosecutor's office is a separate State organ, quite independent from the Ministry of Justice and local organs.

Criminal courts are a part of the judiciary. The entire judicial

organization includes, in addition to the courts (whose system, statute, and functioning in decision-making form the judicial organization in its proper sense), also the Ministry of Justice and other organs of the administration of the courts (meant to create material conditions for the exercise of the criminal judiciary).

The great importance naturally attached to the position of the courts is also demonstrated by the fact that their basic tasks, principles and structure are set out in the Constitution (Articles 97-103). The details are regulated in the Act on the Organization of the Courts and on the Election of Judges (Act No. 36/1964 Sb./Collection of Laws/, full reading of the Act No. 19/1970 Sb., amended and completed by the Act No. 19/1978 Sb.).

Four forms of activity of the State are distinguished : the legislative activity, the exercise of the State administration, the judiciary and the prosecutor's supervision. **The judiciary** is thus one of the forms of activity of the State. Its exercise is vested in the courts' independence from other state authorities, organs and organizations. This is how the judiciary is understood by the Constitution of the Czechoslovak Socialist Republic in Article 98 paragraph 2 : organs other than the State courts are not entitled to administer justice. Neither the Constitution nor the Act on the Organization of the Courts specify more closely the concept of the judiciary. The rules regulating the respective proceedings in court set forth on the provisions concerning the competence of the courts. In criminal procedure the decision on guilt and punishment is made according to the Code of Criminal Procedure. Apart from decision-making, courts also have functions in rules of procedures and in the execution of sentence. A typical element of the administration of justice is the use of coercive measures and the infliction of penalties. But the judiciary does not consist only of decision-making on concrete matters. The highest courts also have to supervise and unify legality of the decision-making activity of the lower courts. Here one can talk of the judiciary in the broader sense. The judiciary does not cover the pure administrative activity of judges (of the chairmen of individual courts), where they ensure the proper functioning of the courts and where they do not act as independent judges but as administrative organs subordinated to the higher organs of judicial administration.

The aims of the criminal judiciary cannot differ from the aims of criminal procedure. The criminal judiciary is not an end unto itself. It too must ensure in every respect, including the organizational aspect, that all perpetrators of crimes be detected and fairly punished according to law and objective truth ; here too one has to see to it that the rectification is the most effective possible.

It follows that there is an interconnection of criminal procedure and

judicial organization. The organs of the judiciary enter criminal procedure as subjects. Criminal procedure reckons with them and its legal regulation gives to these organs their dynamism.

It is in this light that one has to approach questions relating to the priority of the rules regulating the judicial organization or the rules of criminal procedure to answer the question of whether the regulation of the judicial organization is or is not the limiting factor for the regulation of criminal procedure. Although it might appear at first sight that it is and that criminal procedure necessarily enters (and thus must respect) the given judicial organization, and that it must bear in mind that both have common interrelated objective. In this sense it is always necessary to look for the optimum solution so that the judicial organization is not an obstacle to the fulfillment of the functions of criminal procedure and on the other side, that criminal procedure is not a cause for difficulties in the functioning of the judicial organization. In the interest of the fulfillment of the common objective, it is thus necessary and possible to look for the best regulation of the rules both of criminal procedure and of the judicial organization. Basic principles of the organization of the judiciary (e.g. the independence of judges, the participation of laymen in the administration of justice, the eligibility of judges, the administration of justice only in court, the uniform judicial system, the collective decision-making, the equality of citizens before the law and the court, the right to use their own language - as they are known by the legal order of Czechoslovakia) and the basic principles of criminal procedure (e.g. the prosecution only for legal reasons, the right to defence, the publicity of the trial, the official character, the direct approach and verbal proceedings) are the fundamental and often constitutional rules which must be respected as the guarantee of a civilized, democratic and humane course of criminal procedure. These principles grew on the basis of historical experiences of many years. Even here, however, one cannot exclude certain modification under specific circumstances (decision-making before the single judge).

For understandable reasons one cannot recommend fundamentals and frequent changes in the judicial organization ; the changes in criminal procedure seem to be more viable, although they can in turn call for changes in the judicial organization. The judicial organization, or rather its legal regulation, will represent a certain limiting factor from the practical rather than from the theoretical point of view.

In the questionnaire (Definitions sub I.1.), however, "The Organization of the Judiciary" is defined in the broadest sense which is confirmed also by the text of the questionnaire just as it was confirmed by the preparatory regional conference in Visegrad. For that reason it is necessary to extend the conception of the organization of the judiciary

in the Czechoslovak Socialist Republic to those organs active in the preliminary investigation (organs of investigation and search).

II. Answers to the Questionnaire

1. The Infrastructure of Criminal Justice

The administration of district and regional courts and of the Supreme Court of the respective Republic (the Czech Socialist Republic and the Slovak Socialist Republic) is exercised on the territory of the respective Republic by the Ministry of Justice of the Czech and of the Slovak Socialist Republic respectively, either directly or through the chairmen of the above mentioned courts. The administration of the Supreme Court of the Czechoslovak Socialist Republic, with the exception of its military board, is exercised by the President of the Supreme Court which is the central organ of the administration of the courts. The administration of military courts under the Minister of Justice is exercised by the Federal Minister of National Defense of the Czechoslovak Socialist Republic. The Ministry of Justice regulates the organization of the work of the courts and the exercise of the administration of justice, it ensures the proper function of the courts from the personnel (including the case for an increase in job qualification), economic, financial and organizational view-point.

The administration of the office of the prosecutor is exercised by the Prosecutor General of the Czechoslovak Socialist Republic who delegated the administration of the office to the respective Republic (Czech Slovak) as well as regional and district prosecutor's offices to the Prosecutor General of the Czech Slovak Socialists Republic respectively. The same is true also for the organs of investigation of the office of the prosecutor.

The investigators of the National Security Corps fall within the administration of the Ministry of the Interior, others within the administration of the respective department authorized by the Government to carry out the investigation.

The administration of the legal profession is exercised independently by the Central Office of the Legal Profession, under the auspices of the Regional Association of Attorneys or through the heads of legal advice centres. The supervision of the activity and management of the legal profession falls upon the Minister of Justice who can propose to the organizations of the legal profession to issue resolutions or provisions that are within their competence. The organizations decide about the approval of such a proposal within three months.

While the expenses of all the above mentioned organs (courts, prosecutor's offices, investigators, searchers) are covered from the State

Budget, in the case of the legal profession this is only so in part. The economic activity of the legal profession can be compared to a certain extent to the activity of the cooperatives providing services. It means that the expenses of the legal profession are covered from its own proceeds and the income of the attorneys depends also on their performances.

2. The Authorities and Their Roles

2.1- The selection of professional judges and other officers of the judiciary. All professional judges are elected by the supreme representative and legislative bodies of both Republics and of the Federation. The professional judges of the courts with jurisdiction on the whole territory of the Federation, such as the Supreme Court of the Czechoslovak Socialist Republic and the military courts are elected by the Federal Assembly of the Czechoslovak Socialist Republic (the supreme representative and legislative body of the Czechoslovak Socialist Republic). The professional judges of all the courts on the territory of both Republics, i.e. of the Supreme Court of the Czech and of the Slovak Socialist Republics respectively, regional and district courts and courts on the same footing in some bigger towns are elected by the National Council of the respective Republic (supreme representative and legislative bodies of the Czech and the Slovak Socialist Republics respectively). This division of competence in the election of judges is one of the expressions of the federalization of the Czechoslovak Socialist Republic. Professional judges are elected for a period of 10 years following the proposal submitted in the case of all professional judges by the organ of the National Front which associates political parties and social organizations which also make suggestions. The election of professional judges is regarded as one of the manifestations of the democratization of the whole judiciary.

The prosecutors are appointed to their functions without any time limitation. The Prosecutor General of the Czechoslovak Socialist Republic is appointed by the President of the Czechoslovak Socialist Republic. The Prosecutor General of the Czech Socialist Republic is appointed by the Presidium of the Czech National Council and the Prosecutor General of the Slovak Socialist Republic by the Presidium of the Slovak National Council (i.e. the presidium of the supreme representative and legislative body of the respective Republic). The Prosecutor General appoints to their functions the prosecutors and investigators of the Office of the Prosecutor General of the Czechoslovak Socialist Republic, the Prosecutor General of the respective Republic appoints all other subordinated prosecutors and investigators of regional and district prosecutor's offices ; the Chief

Military Prosecutor (the Office of the Chief Military Prosecutor is a part of the Office of the Prosecutor General of the Czechoslovak Socialist Republic) appoints prosecutors and investigators of the offices of military prosecutors. The employment arises from the appointment to the function of the prosecutor or of the investigator of the prosecutor's office. The principle of the appointment of the prosecutors and investigators of the prosecutor's office is fully in compliance with the principles of the organization and activity of the prosecutor's office--the centralization, independence from local organs, uniformity of the prosecutor's office and of monocrotic decision-making.

Only a person who is admitted to the Regional Association of Attorneys by the decision of the committee of this Association after three years of legal practice (two years in the legal profession) and after having passed the attorney's examination can become an **attorney.**

In all cases it can be said that the way of attaining the function is adequate to the character of the activity and organization of respective organs. In spite of the fact that as a rule no direct dependence exists between the way individual persons are selected for their functions and the rules of criminal procedure, it is necessary to admit that a certain indirect relation does exist. In the case of judges it is a guarantee of independence when, e.g. a higher court cannot affect the decision of a lower court in first instance, including the independence in the interpretation of the law. In the case of the position of the prosecutor in criminal procedure it is the guarantee that he would be able to fulfill his functions as the person responsible for the course of the whole criminal procedure independently, objectively and without any dependence on local organs in the interest of society.

2.2- **Participation of laymen in the administration of justice**

The participation of "the people" in the administration of justice is one of the basic principles of the organization of courts in the Czechoslovak Socialist Republic. It is regarded as the expression of the democratization of the judiciary and as one of the manifestations of the involvement of citizens in the exercise of the functions of the State. In this way the practical experience of citizens and their knowledge of the environment where the criminal act was perpetrated can be introduced to the activity of the courts without the professionally deformed assessment and perception of professional judges. The lay judges should thus primarily be involved in ascertaining and assessing the facts of the case regardless of the instance which decides on the case.

The lay judges in the Czechoslovak Socialist Republic are elected following the proposal of the National Front for a period of four years by the representative bodies (National Committees) of the level that

corresponds to the level of the court for which the lay judge is elected--by the District National Committee for the district court, by the Regional National Committee for the regional court.

According to the regulations, the lay judges participate in the decision-making of the courts first instance trials. The benches of the district courts consist of one professional judge and two lay judges, the benches of the regional courts, if they decide in first instance, consist of two professional judges and three lay judges. The Supreme Courts of both Republics and the Supreme Court of the Federation never decide as the courts of the first instance and their benches consist of professional judges only.

Until 1969, lay judges participated as members of the bench in trials on all crimes in the first as well as in the second instance. In 1969 a considerable restriction of the participation of lay judges in the administration of justice took place as a result of the fact that the law also admitted the single judge for less serious crimes enumerated in the Code of Criminal Procedure and entirely abolished the participation of lay judges in the second instance. In practice, lay judges participate in the hearing of three fifths of all criminal cases in the first instance.

One can take the view that the participation of lay judges ought not to be limited to serious crimes. There is apparently no rule that less serious offences need less attention--in fact all offences without any difference necessitate the same quality of assessment. A small injury to the corporal integrity can be factually and as far as the evidence is concerned more exacting than murder. If the role of lay ju ges were to be seen in the first place in their contribution to the ascertainment and assessment of the facts of the case then the relation to the seriousness of the crime is out of place.

This consideration is true also for the procedure in second instance where the appeal includes review of legal as well as of factual questions. Here too, there are reasons for the participation of lay judges.

The Czechoslovak Code of Criminal Procedure in all the forms of procedure where lay judges participate and where the facts of the case are in dispute, applies the principles of immediacy and of oral proceedings. The lay judge is entitled to ask questions in the course of the proceedings and his vote is equal to that of the professional judge. The Ministry of Justice organizes training courses and publishes a professional journal where legal problems are elucidated and explained in an easy-to-follow form, in order to make lay participation more effective. The contribution of lay judges to the procedure and to the decision-making is still not ideal.

The incorporation of the lay element in criminal procedure takes place also as a result of the basic principle of criminal procedure, the

cooperation of the organs active in criminal procedure with social organizations, particularly with Trade Unions, with the organizations of youth and with the cooperatives explicitly mentioned in the Code of Criminal Procedure. Thus, the public at large is associated with the struggle against crime. The organs active in criminal procedure are in duty bound to cooperate ; as to social organizations, they are entitled to such cooperation which finds its expression also in detecting criminal activity, supervising convicted persons sentenced to suspended prison terms or released on probation. Delegates of social organizations also assist in first instance trials where they state their views on conviction and sentencing and on the personality of the accused. A guarantee of the social organization can replace custody on remand and thus limit the interference with fundamental rights. The incorporation of the lay element into criminal procedure thus affects the regulation of criminal procedure including the regulation of some of its classical institutions.

2.3- **Special courts**

On the territory of the Czechoslovak Socialist Republic there exists a single, uniform judicial system of two instances, and neither the Constitution nor the Act on the Organization of Courts distinguishes between general and special courts. The only exception concerns military courts. The position of military courts as special courts is specified by the scope of their competence--only crimes--and by their jurisdiction--military persons--set out in the Code of Criminal Procedure. As opposed to general courts, the organization of military courts is federal (they are subordinated only to the Supreme Court of the Czechoslovak Socialist Republic). Military courts operate as do the general courts, in diverse instances and with the same composition (including military lay judges), following the same uniform Code of Criminal Procedure which incorporates them into the uniform system of courts and weakens their position as special courts. Under specific circumstances the rules applied by the military courts may differ from the general rules of procedure.

On the basis of special regulations and in the interest of quality and uniformity of the judgments some courts have been specialized (one of the district courts in Prague deals with all matters relating to the execution of the sentences inflicted by a foreign country, another one specializes in traffic offences in Prague).

Some degree of specialization was also developed in practice. A number of courts of all levels deal mainly with certain kinds of offences (such as juvenile delinquency, economic crimes, violent crimes, traffic offenses, crimes with a foreign element, etc.). However, even here one cannot speak about special courts as such.

The principle of the unity of courts brings advantages of uniform interpretation of the law and uniform case-law.

At the same time it leaves room for the accumulation of specialized knowledge in matters of a certain type, also on the level of preliminary investigation, prosecution and the bar.

2.4- **The highest court**

As a result of the federative organization of the Czechoslovak Socialist Republic, there exist three highest courts --the Supreme Court of the Czech Socialist Republic, the Supreme Court of the Slovak Socialist Republic and the Supreme Court of the Czechoslovak Socialist Republic which is the highest judicial organ with jurisdiction over all of the Czechoslovak Socialist Republic.

The common feature of the Supreme Court of the Republics and of the Supreme Court of the Federation is that, as a result of the consistent application of the system of two instances, they never decide as courts of the first instance and they have no right to decide on a case in the competence of lower courts. The main task of the Supreme Court of the Republics is the supervision over the practice of all courts of the Republic with the aim to ensure the uniform interpretation and application of the law by deciding upon appeals and pleas of nullity. The Supreme Courts also issue opinions as to the correct interpretation of the law where it becomes aware of divergent case law.

The main task of the Supreme Court of the Czechoslovak Socialist Republic is analogous. As a court of second instance it hears appeals from the decisions of higher military courts, as well as pleas of nullity against judgments of the respective Republic as court of second instance. A specific duty is the obligatory review of each sentence inflicting capital punishment. In addition, it decides on the recognition of the judgments of foreign courts and on conflicts of competence between the courts of the Czech and the Slovak Socialist Republic or between military and general courts.

The highest courts are in a position to fulfil their tasks. The workload in day-to-day cases is heavier for the Supreme Courts of the Republics. In the interest of the publicity, a collection of the views and decisions which are, as a matter of fact, not binding for the lower courts.

2.5- **The prosecuting authority**

Czechoslovak criminal procedure follows an accusatorial system with the following consequences :

Criminal prosecution in courts is possible only on the basis of an indictment brought by the prosecutor (in the procedure on offenses the prosecutor makes a proposal for punishment in court ; the indictment

can be filed exclusively by the prosecutor. In the indictment the prosecutor can also propose that the defendant be ordered to pay damages, even if the injured person does not ask for it.

The court can decide only on the facts stated in the indictment (nemo iudex sine actore). This is the most important influence of the prosecutor on the decision taken by the court. The court is not bound by the legal qualifications of the facts as stated in the indictment.

After the opening of the trial the decision on the indictment is transferred to the court.

The prosecution is represented in court by the prosecutor ; he has the status of a party to the case and his participation is obligatory.

The prosecutor is a part of the body called the office of the prosecutor, the main task of which is the supervision of the consistent execution and observation of laws and other legal regulations. It has no legislative, executive or judicial authority, it does not impose legal sanctions on offenders and although it has the same tasks as the courts it does not hear the cases or decide on them.

The prosecutor's office is built upon the following principles :

- centralization (only vertical subordination of prosecutors) ;
- independence from local authorities ;
- uniformity (an independent uniform State body, covering all the prosecutor's offices including the military ones ; it follows that every prosecutor can be represented by another prosecutor of the same prosecutor's office and that a higher prosecutor can take over the task of subordinated prosecutors ; the superior prosecutor can even generally reserve for himself the exercise of some powers of subordinated prosecutors) ;
- monocrotic decision-making (the prosecutors take decisions as a single person and not as a collective body).

The organization of the office of the prosecutor from the point of view of its seats and circuits is identical with the organization of the courts, including the highest courts.

In the struggle against criminality the prosecutor's office fulfills preventive and educational as well as repressive tasks (to ascertain violations of the law and to take measures for rectification).

The prosecutor takes part in criminal proceedings in court and supervises their lawfulness. He brings the indictment and has the right to interfere with the presentation of the evidence. In case the course of the main trial does not confirm the indictment he is obliged to withdraw from the prosecution and give reasons thereto. He has the right of appeal against the sentence to the benefit as well as to the detriment of the accused. He has the right to lodge a plea of nullity (even to the benefit of the defendant). He can make a proposal for the re-opening of

the trial to the benefit as well as to the detriment of the defendant. The Prosecutors General (of both Republics as well as of the Czechoslovak Socialist Republic) can lodge a plea of nullity against the legally valid decision of the court, of the prosecutor or the investigator.

The prosecutor takes an important part also in the issue of the criminal order by the single judge in the procedure on offences. The single judge can issue the criminal order only following the proposal of or in conformity with the prosecutor and this proposal or consent must cover the kind as well as the extent of punishment. Here it is possible to say that the prosecutor co-participates in the decision-making activity of the court.

Criminal prosecution according to the Code of Criminal Procedure of the Czechoslovak Socialist Republic is governed by the principle of legality which imposes on the prosecutor the duty to prosecute all the crimes he learned about, exceptions being allowed only according to the law or to a promulgated international agreement. The fulfillment of this requirement is an important component of the basic task of the prosecutor's office. It also follows from the Act on the Office of the Prosecutor that the prosecutors supervise the prosecution of all crimes and offences pursuant to the provisions of the Code of Criminal Procedure. The law provides for the following exception from the principle of legality :

- Lack of jurisdiction (persons enjoying diplomatic immunity and prerogatives) ;

- Inadmissibility of criminal prosecution ; in these cases the criminal prosecution either is not opened at all or is stopped ;

- The principle of opportunity applies where the penalty to which the criminal prosecution can lead would be entirely meaningless compared with the penalty that already was inflicted on the defendant or that will be--as expected--inflicted on him for another crime, or if it was already decided on the unlawful behavior of the defendant in administrative or disciplinary proceedings or by a foreign court or authority and such decision can be regarded as satisfactory. Under these circumstances the prosecutor (or investigator) can adjourn the matter before the opening of the criminal prosecution or he can stop the criminal prosecution in the preliminary investigation ;

- Extra-judicial disposal of the matter on the basis of the decision of the prosecutor (investigator) and the submission of the matter to the relevant organ for disciplinary proceedings, in the case of a crime or offence which can be dealt with in a satisfactory way having regard to the personality of the defendant and the offence.

Only these last two examples depend on the discretion of the prosecutor (investigator).

Recommendations have been made to introduce stay of proceedings on probation for less serious crimes when the defendant pleads guilty, expresses his regret and endeavours to remove the harmful consequences having regard to the overall assessment of the character of the act and of the way of life of the defendant as well as to the guarantee for his reform offered by a social organization. In case the defendant does not satisfy the conditions of the probational period the procedure would be re-opened. The defendant should have the possibility to declare within a time limit after the decision that he insists on the termination of the proceedings. The decision on the probational stay should be made either in the preliminary investigation by the prosecutor or later on by the court.

There are also speculations on the possibility of an extra-judicial solution of certain less serious crimes and offences (under further favourable conditions) on the basis of the decision of the prosecutor (or the court) and in administrative proceedings.

2.6- **The authority of indictment**

On this question see the explanation concerning the task of the prosecutor in criminal procedure sub 2.5. The decision to indict lies exclusively with the prosecution.

The chairman of the bench (sometimes the single judge) has the duty to review every action filed by the prosecutor in court from the point of view of the jurisdiction of the court. If he finds out that the indictment does not suffer any defect he orders the main trial to open. In the opposite case he proceeds to the facultative stage of criminal procedure, i.e. the preliminary discussion on the indictment by the bench in closed session in which only the prosecutor can take part. In case of doubt the main trial is ordered and the procedure in court is continued. The matter can also be referred back to the prosecutor for a complement of investigation. In the latter case a new indictment is required for the case to be brought to trial again.

2.7- **The defence**

The role of the defence also is played by the legal profession which is considered an organ of justice. Different from other organs of criminal justice (courts, Ministry of Justice, etc.) the legal profession does not have character of a State organ. It is organized on similar principles as the cooperatives. This constitutes a guarantee for its independence from other organs of justice. The activity of the defence is an integral part of criminal procedure. Counsel for the defence in criminal cases can be only an attorney, i.e. the member of the Association of Attorneys.

The legal profession exercises its activity mainly on request of persons who require legal assistance. Exceptionally it acts also at the instance of the investigator, prosecutor or court in cases of necessary defence pursuant to the Code of Criminal Procedure. The defendant must already have his counsel already in the preliminary investigation, if he is in custody, serving his prison term, under examination in a health facility, deprived of the legal capacity or if his legal capacity is limited, if he is a juvenile, if the upper limit of the prison term pursuant to the law is above five years, and in cases where due to his physical and mental capacities he is not able to defend himself properly, in the procedure on extradition, on the imposition of protective medical treatment and in the procedure under martial law.

The violation of regulations by the defence has serious consequences. It may lead to the case being referred back to the preliminary investigation even by the court of appeal. Although the defendant in the preliminary investigations is not a party to the case, counsel for the defence has the right to take part in all acts of investigation without exception (in the case of juvenile defendants ; in other cases the investigator can refuse this right for serious reasons), even in those in which the defendant himself cannot take part. After the termination of the investigation, the investigator is obliged to enable the defendant and his counsel to get acquainted with the file. Counsel has the right to propose a complement to the investigation. The investigator can turn down this proposal only by reasoned decision. If the request does not evidently lack all pertinence, the investigator is obliged to complete the investigation and to inform counsel for the defence of the results.

One can say that neither the organization of the legal profession nor the rules of criminal procedure are an obstacle to the effectiveness of the defence. It is rather the matter of their full and proper exploitation on the part of attorneys and of their considerable working load which cause concern. The defendant himself has the possibility to decide on the quality of legal assistance in that he himself selects an attorney whom he regards (on the basis of his experience, of the reputation of the attorney) as the best and the most competent to protect his interests in the given case.

2.8- **Police and judicial authority**

In the preliminary investigation the organs of the National Security Corps (police) are also involved - as organs of investigation (subordinated to the Ministry of the Interior). They investigate in the case of less serious crimes and also accomplish certain tasks in the investigation of other crimes under the orders of the prosecutor. The

investigation is then formally more exacting and complicated. The instructions of the prosecutor are always binding for the police. The investigator, except for the cases where pursuant to the Code of Criminal Procedure the consent of the prosecutor is necessary, takes all the decisions in the investigation independently and is fully responsible for their legal and timely implementation.

The prosecutor has the decisive and dominant role in the preliminary investigation.

Only the prosecutor is entitled to interfere with civil rights, e.g. taking into custody or exhumation of the corpse. For some acts prior consent of the prosecutor is required (for example, search and seizure).

It is on the quality of the work of the organs of investigation that the quality of the further course of criminal proceedings depends to a large extent. For that reason the State pays considerable attention to the increase of the legal qua ification of the organs of investigation where the requirement for the university education is being enacted.

2.9- **The Minister of Justice and criminal procedure**

The Minister of Justice (The Ministry of Justice) is, as already mentioned, the central organ of the administration of justice, in the first place in relation to all courts of both Republics (in the Czechoslovak Socialist Republic there is no Federal Ministry of Justice, there exist only the Ministry of Justice of the Czech Socialist Republic and the Ministry of Justice of the Slovak Socialist Republic).

The Ministry of Justice keeps the documentation of legal regulations, decides on petitions for clemency and compensation for custody and penalty and on requests for legal assistance by foreign countries. In relation to the courts, it reviews the district and regional courts, follows their activity, gives to the Supreme Court of the respective Republic and to the Supreme Court of the Czechoslovak Socialist Republic suggestions to generalize the judicial activity and to ensure the correct interpretation of laws and legal regulations, and issues regulations (in the first place the rules of procedure) to regulate the organization of the courts' work.

On the basis of the findings obtained in its activity in following the work of the courts and of the review of their activity the Minister of Justice of the respective Republic is entitled pursuant to the Code of Criminal Procedure to lodge an extraordinary legal remedy with the Supreme Court of the respective Republic as to unlawful decisions of district and regional courts and at the Supreme Court of the Czechoslovak Socialist Republic as to the unlawful but legally valid decisions of the Supreme Court of the respective Republic.

The Minister of Justice cannot intervene in another way in the

administration of justice. He himself can neither open nor terminate criminal proceedings nor order their opening or termination. The Minister of Justice has absolutely no possibility, means or influences to affect in any way the exercise of the authority of prosecutors. The office of the prosecutor is not a part of the judiciary and is, as already mentioned, an independent State organ that does not depend on the Ministry of Justice nor on any other, even local organs.

The Minister of Justice also has no influence on the exercise of the authority of the organs of investigation and search.

3. Differentiation of Criminal Justice

The Act on Offences that introduced a new category of less serious crimes introduced in the Czechoslovak Socialist Republic the differentiation in criminal liability through the categorization of offences punished by the court. This categorization showed up both in the Code of Criminal Procedure and in the organization of the judiciary. The Code of Criminal Procedure excluded on principle offences from the preliminary investigation and introduced the simplified inquiry carried out by the organs of the National Security Corps. The prosecutor does not file an action but replaces it with the proposal for punishment which is connected with the indictment. The trial on offences does not take place before the bench with the participation of lay judges, but before the single judge who is a professional judge. This differentiation affected thus the so-called less serious crimes (petty crimes - see 3.3.) and its aim was a quicker, more effective and more economical sanction. This goal has not always been achieved ; the thesis (considerably widespread in the world lately) that there exists a connection between the seriousness of the offence and the disposal of it in a simplified and accelerated procedure shows not to be quite correct. The seriousness itself does not tell anything about the complexity and the exacting character of the ascertainment of objective truth, (the theft of a box of matches can be more difficult to establish than the theft of an expensive jewel) and in both cases criminal sanctions can have an equally serious impact.

4. Trends of Reform

(See explanation within the framework of individual clauses of the questionnaire.)

For the time being one does not envisage the reform of the organization of the judiciary nor any changes of criminal procedure which could affect the existing structure of the organs of the criminal procedure.

LES RAPPORTS ENTRE L'ORGANISATION JUDICIAIRE ET LA PROCEDURE PENALE EN TUNISIE

M. ZINE *

1 - Il est généralement admis que la procédure pénale doit permettre d'établir la vérité en même temps que d'appliquer de manière optimale le droit pénal matériel. Mais elle a également pour finalité de veiller, ce faisant, à la protection des droits fondamentaux de toute personne impliquée dans le procès, notamment l'accusé et la victime. Cela suppose toutefois une organisation judiciaire adéquate qui rende possible la réalisation de ces objectifs.

Par organisation judiciaire, il faut entendre ici non seulement le complexe normatif de l'ordre judiciaire, mais aussi les conditions matérielles de l'administration de la justice pénale. Si elle n'est pas usuelle, une acception aussi large de l'organisation judiciaire n'en est pas moins justifiable. Les développements qui vont suivre montreront, en effet, que pour faire face aux formes les plus variées de la criminalité de manière rapide, efficace et dans le strict respect des droits de chacun, l'infrastructure de l'organisation judiciaire, notamment la dotation en personnel, en locaux et en appareils techniques de l'administration de la justice pénale est pour le moins aussi importante que sa superstructure. Le choix des normes devant régir l'ordre judiciaire est certes déterminant en soi du degré d'efficacité de la procédure pénale et de la volonté d'y faire respecter ou non les droits de la défense. Mais il ne suffit pas d'avoir fait le bon choix, encore faut-il disposer des moyens matériels permettant de l'assumer.

2 - Régi depuis le 1er mars 1922 (1) par un code inspiré directement et

---

(*) Professeur à la Faculté de Droit et de Sciences Politiques, Tunis, (Tunisie).

(1) Cf Décret du 30 décembre 1921 promulguant "le Code Tunisien de procédure pénale" et le rendant applicable à compter du 1er mars 1922.

quasi exclusivement du droit français et n'ayant subi aucun changement fondamental malgré sa refonte complète en 1968 (2), la procédure pénale tunisienne se caractérise, à notre avis, par une différence notable entre le Droit écrit ci-dessus mentionné et le Droit appliqué. En d'autres termes, certaines de ses dispositions les plus importantes, notamment celles relatives aux droits de la défense, sont loin d'avoir sorti leur plein effet. Un examen rapide des principales normes régissant l'organisation du procès, son déroulement et les autorités qui y président nous permettra de dégager une première explication à cette non réalisation de certains objectifs de la procédure pénale. C'est à la nature du système procédural en fonction duquel est organisé le procès pénal en Tunisie que nous imputons en premier cet échec (I). Nous verrons cependant que s'il est vrai qu'aucun changement ne peut être espéré sans la volonté manifeste du pouvoir politique de promouvoir une meilleure justice pénale, le volontarisme politique n'en trouve pas moins ici ses limites dans la faiblesse des moyens économiques du pays. Ceci oblige les Sociétés en voie de développement comme la Tunisie à intégrer ce facteur dans la recherche des voies et moyens de réalisation des objectifs de la procédure pénale (II).

I - SYSTEME PROCEDURAL ET OBJECTIFS DE LA PROCEDURE PENALE

3 - La procédure pénale est conçue en Tunisie selon un **système mixte** inspiré de celui que Napoléon inaugura en France en 1808 (3). Le procès répressif s'en trouve découpé en deux étapes dont la première - l'instruction préparatoire - est conçue et organisée selon les règles du système inquisitoire et dont la seconde, constituée par la phase du jugement, est à l'inverse organisée selon les règles de la procédure accusatoire. Si cette combinaison entre deux types de procédure totalement opposés fait l'originalité du système mixte tout en justifiant son appellation, il nous paraît important de préciser ici que le système mixte Tunisien demeure à prédominance inquisitoire. Ce qui nous autorise à souligner cette caractéristique, c'est, d'une part, l'existence d'un Ministère public puissant, influent et fortement hiérarchisé ; mais c'est aussi d'autre part, le fait que la vérité matérielle jaillit rarement des débats publics, oraux et contradictoires se déroulant à l'audience de jugement, mais bien avant, c'est à dire à l'issue des enquêtes policières

(2) Cf loi n° 68-23 du 24 juillet 1968 portant refonte du Code de Procédure Pénale", J.O.R.T. de 1968, p. 861.

(3) Année de la promulgation en France du "Code d'instruction criminelle".

et/ou judiciaires préalables à la procédure de jugement et dont les résultats sont le plus souvent décisifs quant à l'issue du procès pénal. Ceci est de nature à marginaliser la procédure accusatoire dans le procès pénal considéré in globo.

4 - Dans quelle mesure pareil système permet-il la réalisation des objectifs de la procédure pénale, à savoir l'établissement de la vérité dans le strict respect des droits fondamentaux de l'individu ? L'existence d'un Ministère public particulièrement puissant n'est-elle pas de nature à désavantager la défense au profit exclusif de l'accusation ? Ne risque-t-elle pas, d'autre part, de porter atteinte à l'indépendance de la justice pénale, condition sine qua non d'une justice impartiale ?

C'est à ces questions que nous essayerons d'abord de répondre à travers l'examen rapide de l'organisation et des pouvoirs du Ministère public (A). Mais pour vérifier si le système mixte à prédominance inquisitoriale permet véritablement la réalisation des objectifs ci-dessus définis de la procédure pénale, il nous paraît essentiel de rechercher, en second lieu, si les droits de la défense ont réellement droit de cité au cours de la phase la plus importance du procès pénal, à savoir celle des enquêtes préalables au jugement (B). La question est d'autant plus importante qu'il est quelque peu tardif, ainsi que nous le suggérions plus haut, de rechercher à exercer les droits de la défense uniquement au cours de la phase du jugement.

A - Organisation et pouvoirs du Ministère public

5 - Le Ministère public est constitué de magistrats formant un corps hiérarchisé indépendant des magistrats du siège. Sa présence auprès de chaque juridiction pénale d'instruction ou de jugement est regardée comme un principe fondamental de l'organisation judiciaire. Chargé principalement de la poursuite dans chaque procès pénal (4), il y représente la Société et exerce en son nom l'action publique. Conformément au principe de **l'opportunité des poursuites** en vigueur en Tunisie, le Ministère public apprécie librement la suite à donner aux plaintes et dénonciations qui lui sont transmises (Art. 30 du CPP). Lorsqu'il décide de s'abstenir de poursuivre, il procède au classement sans suite de l'affaire. Mais il ne s'agit là que d'une mesure

(4) Il n'en est toutefois pas ainsi dans les hypothèses où l'action publique est exercée par les agents de certaines administrations publiques en vertu des lois spéciales les y autorisant (cf. art. 2 et 10 - 6e du CPP). Dans ce cas, le Ministère public est seulement partie jointe. Il importe également de réserver le cas du Ministère public auprès de la Cour de cassation qui est autonome et a essentiellement pour rôle de veiller à la bonne application de la loi.

administrative n'ayant nullement l'autorité de la chose jugée (5) . Il s'ensuit qu'elle peut être remise en cause soit par le Ministère public lui-même, soit par la victime à qui le législateur reconnaît par ailleurs le droit de déclencher, sous sa propre responsabilité, l'action publique et ce par la voie d'une plainte avec constitution de partie civile auprès du juge d'instruction (Art. 36 CPP). Dans cette dernière hypothèse, le Ministère public sera tenu d'exercer l'action publique et de soutenir l'accusation nonobstant une décision antérieure de classement sans suite émanant de lui (6).

6 - L'exercice de l'action publique permet au Ministère public de jouer un rôle de premier plan tout au long du procès pénal. C'est en effet lui qui saisit le juge d'instruction par un réquisitoire introductif (Art. 51 du CPP) et, en cas de pluralité de magistrats instructeurs auprès d'un même tribunal, c'est encore au procureur de la République de désigner, pour chaque affaire, le juge d'instruction de son choix (Art. 49 du CPP). En outre, le juge d'instruction ne peut délivrer un mandat de dépôt sans avoir au préalable demandé et obtenu l'avis du procureur de la République (Art. 80 du CPP). Le juge n'est pas obligé de faire droit aux réquisitions du Ministère public, mais il tenu de solliciter son avis. Ceci lui confère incontestablement un certain pouvoir de contrôle sur la marche des affaires pénales à ce stade de la procédure (7). Autorisé à assister à tous les actes de la procédure et à se faire communiquer le dossier à tout moment de l'information, le Ministère public agit ainsi comme un simple demandeur. C'est même un demandeur privilégié puisqu'il bénéficie d'un droit d'appel général de toute ordonnance rendue par le juge d'instruction (Art. 109 CPP). Sa qualité de demandeur lui confère également des droits à l'audience de jugement où il fait valoir ses prétentions et ses preuves au cours de son réquisitoire oral (Art. 143 du CPP). Enfin, et quel que soit le sens de la décision rendue, il peut selon, les cas, en interjeter appel (Art. 210 du CPP) ou l'attaquer devant la Cour de Cassation (Art. 258 du CPP).

7 - Mais la puissance du Ministère public ne tient pas uniquement à ses pouvoirs et au rôle qui lui est dévolu pendant le procès pénal : elle est

---

(5) Cf en ce sens "Débats parlementaires", J.O.R.T. n° 20 p. 393 ; Voir aussi Cass. pén. n° 5224 du 8 mars 1967, Bull. C. Cass. 1967, p. 104.

(6) Cf Article 36 C.P.P.

(7) Ce contrôle apparaît nettement dans les dispositions de l'article 104 al. 1er du CPP qui obligent le juge d'instruction à communiquer le dossier de la procédure au procureur de la République préalablement à sa clôture lorsqu'elle lui paraît terminée. Ni le conseil de l'inculpé, ni celui de la partie civile ne bénéficient de ce droit.

également due à son organisation. Celle-ci se caractérise par une forte structure intérieure et par une unité dans la direction que permet le principe de la subordination et de l'obéissance hiérarchiques auquel est soumis chacun de ses membres (8). C'est ainsi que le Ministère public est représenté auprès de chacune des Cours d'appel par un Avocat général (Art. 24 CPP) et auprès de chaque tribunal de première instance par un procureur de la République et des substituts (Art. 25 du CPP). L'Avocat général près la Cour d'appel est le chef hiérarchique de tous les membres du Ministère public de son ressort (Art. 22 al. 3 du CPP). Il en est de même du procureur de la République qui a sous son autorité ses substituts. Les Avocats généraux près les Cours d'appel sont certes placés "sous l'autorité directe du Ministère d'Etat chargé de la justice" mais celui ci n'est pas le véritable chef du Ministère public. Juridiquement, il n'en fait pas réellement partie. En droit, il n'exerce, en effet, aucune des prérogatives propres aux membres composant le Ministère public, il peut uniquement "dénoncer à l'Avocat général compétent les infractions dont il a connaissance, lui enjoindre d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente des réquisitions qu'il juge utiles " (Art. 1er al. 3, loi n°87-80 du 29 déc. 1987). Si l'Avocat général compétent refuse de donner suite à l'injonction du Ministère de la justice, celui-ci a certes la possibilité de déclencher contre lui une procédure disciplinaire (9), mais il ne pourra pas agir à sa place. Il n'en a pas le pouvoir, n'étant pas lui-même membre du Ministère public.

8 - On peut, d'une certaine manière, affirmer que cette situation est nouvelle en Tunisie. Elle résulte de la loi n° 87-80 du 29 décembre 1987 portant suppression de la fonction de Procureur général de la République. Antérieurement à cette loi, c'est en effet le Procureur général de la République qui avait autorité sur tous les magistrats formant le Ministère public en Tunisie (10). Il était non seulement le

(8) Le principe de l'obéissance hiérarchique n'est toutefois pas absolu. Faisant application de l'adage d'après lequel "la plume est serve, mais la parole est libre", l'article 21 du CPP dispose que "le Ministère public... développe librement des observations orales qu'il croît convenables au bien de la justice".

(9) Cf art. 50 et s. de la loi N° 67-29 du 14 juillet 1967 relative à l'organisation judiciaire, au Conseil supérieur de la Magistrature et au Statut de la Magistrature.

(10) Sur l'Historique de l'institution Cf M. Kaïs SAID : "Le procureur général de la République dans l'Histoire de la Tunisie et en Droit Comparé", Conférence en langue arabe organisée par l'Association Tunisienne de Droit Pénal, Novembre 1987 (non publiée) ; Cf également la conférence faite le jour même par M. Mohamed MAHFOUDH sur "Les pouvoirs du procureur général de la République".

chef hiérarchique immédiat des Avocats généraux près les Cours d'appel, mais il pouvait représenter en personne le Ministère public auprès de ces Cours. Sachant que le jugement des crimes est de la compétence d'une section de la Cour d'appel dénommée Cour criminelle (11), on imagine parfaitement la redoutable efficacité qui pouvait en résulter dans la poursuite de certains crimes.

L'article 22 du CPP plaçait certes le Procureur général de la République sous "l'autorité du Ministère de la justice", mais il est notoire que le procureur général de la République ne se reconnaissait d'autre autorité que celle du Président de la République et qu'il fut, en fait et en droit, le chef exclusif et incontesté du Ministère public. La police judiciaire s'exerçait sous son autorité (Art. 10 du CPP) et c'est à lui qu'était confiée la mission de veiller à l'application de la loi sur l'ensemble du territoire de la République (Art. 22 du CPP). Pour lui permettre de bien accomplir cette tâche, l'article 22 du CPP lui reconnaissait le droit de requérir directement la force publique et l'article 28 du même code obligeait les procureurs de la République de l'aviser sans délai de tout crime commis dans leurs circonscriptions. Dans le même but, les articles 210, 213, 258 et 282 lui reconnaissaient le droit d'interjeter appel et celui de se pourvoir en cassation contre tous les jugements et arrêts rendus en matière pénale, en le gratifiant à cet effet de délais beaucoup plus longs (soixante jours au lieu de dix) que ceux du droit commun. Le procureur général de la République jouait également un rôle de premier plan en matière d'exécution des sentences pénales. Il pouvait, par exemple, sur simple requête, accorder aux condamnés libres un sursis à l'exécution de la peine prononcée contre eux par une

(11) Cf l'article 221 du CPP selon lequel "Chaque Cour d'appel comprend au moins une chambre criminelle composée d'un Président de Chambre et de quatre conseillers...". Il en résulte que la justice est rendue exclusivement par des magistrats professionnels. Le caractère "non populaire" de la justice pénale attesté par l'absence d'un jury de jugement en matière de crime est un phénomène relativement récent en Tunisie. Il importe de mentionner à cet égard que le principe du Jury populaire a été introduit pour la première fois par le décret du 3 Août 1956 dont il ressort que la juridiction criminelle se composait d'un président ayant le grade de Conseiller à la Cour d'appel, de deux juges de 1ère instance, et de quatre jurés choisis parmi les citoyens. Une loi du 19 juin 1959 était cependant intervenue pour réduire le nombre de ces jurés à deux. Depuis, leur rôle ne pouvait plus être que symbolique puisque l'article 163 du code de 1922 demeuré en vigueur disposait que les jugements des tribunaux criminels sont rendus à la majorité des voix. Une loi du 3 mai 1966 devait enfin supprimer le principe même du jury populaire en Tunisie.

décision pénale définitive ayant acquis autorité de chose jugée (Art. 337 du CPP).

9 - En permettant au pouvoir exécutif et, plus particulièrement, à son chef de contrôler l'ensemble de l'appareil de la justice répressive, l'institution de Procureur général de la République avait sans doute contribué au maintien de l'ordre et de la sécurité dans le pays. Elle était donc utile, voire même nécessaire notamment pendant les premières années de l'indépendance de la Tunisie, lorsque la tâche principale des gouvernants était l'édification, puis la consolidation de l'Etat tunisien. Mais il n'avait échappé à personne que la concentration de pouvoirs nombreux et exorbitants entre les mains d'un seul homme, le Procureur général de la République, était source d'arbitraire, abstraction faite des qualités morales des personnes à qui incomba l'accomplissement d'une si lourde tâche. On ne pouvait davantage méconnaître que le renforcement du pouvoir exécutif par le truchement du Procureur général de la République ne pouvait se réaliser qu'au dépens des libertés individuelles et de l'indépendance de la justice.

Il est du reste symptomatique que la suppression de l'institution par la loi du 29 décembre 1987 précitée avait été annoncée et perçue, à côté d'autres mesures allant dans le même sens, comme la manifestation de la volonté du nouveau chef de l'Etat Tunisien de reconnaître et de consolider l'indépendance de la justice et de renforcer les droits et les libertés individuelles. Il faut néanmoins admettre que si cette mesure est salutaire en ce qu'elle permet d'éviter pour l'avenir certaines tentations ou abus, elle n'a pas eu pour but et ne peut avoir pour résultat d'affaiblir le Ministère public.

10 - La séparation des autorités de poursuite et des autorités d'instruction et de jugement est certes un principe consacré par le Droit tunisien (art. 14 et 50 du CPP). Il est également de principe que les tribunaux rendent leur décision en toute indépendance et selon leur intime conviction, n'ayant à cet égard aucun ordre à recevoir du magistrat représentant le Ministère public, ou de n'importe quelle personne représentant le pouvoir exécutif. Cela n'autorise pas cependant à affirmer l'indépendance totale de la Justice à l'égard de ce pouvoir. L'examen du statut de la magistrature tel qu'il est fixé par la loi n° 67-29 du 14 juillet 1967 et par les lois subséquentes celle notamment n° 85-79 du 11 Août 1985 - révèle, en effet, que les nominations aux plus hautes fonctions de la magistrature ont lieu directement par décret du Président de la République sans qu'il soit obligé de consulter préalablement à cet effet le Conseil supérieur de la magistrature (Art. 7 bis de la loi du 11 Août 1985) -. Il est d'autre part important de signaler

que sur les dix-neuf membres formant le Conseil supérieur de la magistrature, présidé par le chef de l'Etat en personne, au sein duquel sont prises les décisions les plus importantes pour la carrière professionnelle de chaque magistrat du siège d'entre eux dix, soit la majorité, sont soit membres du pouvoir exécutif, soit des magistrats représentant le Ministère public. Si l'on ajoute que ces derniers participent par ailleurs à la notation de leurs pairs de la magistrature assise (Art. 33 à 36 Loi du 14 juillet 1987), on peut craindre que les soucis de carrière des magistrats rendent hors de portée l'instauration d'une justice véritablement indépendante. Seules des réformes audacieuses tendant à réduire "l'influence" du Ministère public sur la magistrature assise seraient porteuses de changement réel en ce domaine.

11 - Cela signifie-t-il que la réalisation des objectifs de la procédure pénale passe par la remise en cause de la prééminence du système inquisitoire ? Les développements qui précèdent semblent conforter cette opinion. Le Ministère public dont nous nous soucions de limiter l'hégémonie, n'est-il pas l'un des piliers de la procédure inquisitoire ? La thèse est sans doute séduisante, mais la relation qu'elle implique entre le système procédural et la qualité de la procédure pénale doit encore être vérifiée à travers l'étude de la marche du procès pendant sa première phase, celle qui est justement encore organisée selon le mode inquisitorial. Les droits individuels et notamment ceux de la défense y ont-ils réellement droit de cité ?

B - Enquêtes préalables et droit de la défense

12 - La garantie principale dont bénéficie l'inculpé à ce stade de la procédure réside incontestablement, nous semble-t-il, dans le caractère judiciaire de l'information ou instruction préparatoire. Celle-ci est confiée à un magistrat, le juge d'instruction qui "a pour mission d'instruire les procédures pénales, de rechercher diligemment la vérité et de constater tous les faits qui serviront à la juridiction de jugement pour fonder sa décision" (art. 50 al. 1er du CPP). Quand la procédure est terminée, il lui appartient de statuer par une ordonnance motivée "à l'égard de tous les inculpés et sur les chefs de prévention retenus contre eux, ainsi que sur tous les chefs de conclusion du réquisitoire du procureur de la République (Art. 104 al. 2 du CPP). Lorsqu'il se reconnaît compétent, il décidera selon les cas soit du non-lieu, soit du renvoi de l'inculpé à la juridiction de jugement compétente (Art. 107 al. 1er). Si l'infraction poursuivie lui paraît constituer un crime, ilrend une ordonnance tendant à la saisine de la chambre d'accusation (Art. 107 al. 2). Cette juridiction est une section de la Cour

d'appel qui a pour rôle (12) de procéder à un nouvel examen de l'affaire qui lui est obligatoirement soumise lorsque l'infraction poursuivie est qualifiée crime par la loi. Mais elle a également pour mission de juger les appels interjetés contre les ordonnances du juge d'instruction, en sa qualité de juridiction du second degré de l'instruction préparatoire.

13 - Si la procédure devant la chambre d'accusation demeure strictement inquisitoire, en ce sens qu'elle est secrète, écrite et non contradictoire (13), celle qui est suivie devant le juge d'instruction, quoique demeurée inquisitoire, se caractérise en revanche par un formalisme rigoureux : essentiellement conçu dans l'intérêt de la défense. C'est ainsi que l'inculpé ne peut être interrogé sur le fond de l'affaire qu'en présence de son conseil ou celui-ci dûment convoqué au plus tard la veille de l'interrogatoire (Art. 72 du CPP). De même, l'inculpé détenu est-il autorisé à communiquer à tout moment avec son conseil sans qu'une mesure d'interdiction de communiquer prise à son encontre par le juge puisse affecter l'exercice de ce droit (Art. 70 du CPP). Mais parmi les garanties les plus importantes reconnues à l'inculpé, il y a surtout lieu de mentionner, d'une part, l'obligation pour le juge de mettre le dossier de la procédure à la disposition du conseil à la veille de chacun des interrogatoires que l'inculpé doit subir (Art. 72 du CPP) et, d'autre part, l'obligation pour le juge d'instruction, lors de la première comparution de l'inculpé devant lui et après avoir constaté son identité, de lui faire "connaître les faits qui lui sont imputés et les textes de lois applicables à ces faits..." (Art. 89 al. 1er du CPP).
L'ensemble des droits et garanties ci-dessus énumérés traduisent bien évidemment le souci du législateur d'ouvrir l'instruction aux avocats des inculpés et de permettre à ceux-ci d'être entièrement informés des faits qui leur sont reprochés, ainsi que de l'ensemble des éléments de preuve à charge ou à décharge que comporte le dossier de la procédure. Ceci est de nature à permettre l'organisation d'un débat véritablement contradictoire entre le juge et l'inculpé sous le contrôle et la surveillance discrète du conseil de ce dernier. Il n'est peut être pas tout à fait exact d'en déduire que la procédure est devenue contradictoire. Ceci suppose, en effet, que le débat mette aux prises l'accusation représentée par le Ministère public et l'inculpé assisté par son conseil ; ce qui n'est pas le cas. Il n'en demeure pas moins admis, cependant, que la reconnaissance

(12) Cf notre étude sur "Les pouvoirs de la chambre d'accusation", in Rev. Tun. dr. Pén. 1975, II, p. 65 et s.

(13) La chambre d'accusation statue en l'absence des parties dont les conseils sont uniquement admis à fournir des mémoires sans avoir la possibilité de les développer à l'audience (art. 114 al. 2 du CPP)

de ces droits et garanties constitue une atteinte sérieuse à la pureté du système inquisitoire. La notion des droits de la défense est, en effet, tout à fait étrangère à la nature de ce système. S'inspirant directement de la loi française du 8 décembre 1897, le législateur tunisien a, dès le 25 octobre 1956 (14), soit quelques mois après l'indépendance, apporté cette entorse au système inquisitoire, réservant de la sorte une grande place aux droits de la défense au stade de l'instruction préparatoire.

14 - Mais la greffe a-t-elle pris ? A-t-elle favorisé l'épanouissement des droits de la défense ? Deux considérations majeures permettent d'en douter. La première tient au rôle prépondérant que joue la police judiciaire dans le procès pénal (a). Quant à la seconde, elle se rapporte au rôle de la Cour de cassation en matière de contrôle de légalité de la procédure (b).

a) Le rôle prépondérant de la police judiciaire

15 - La police judiciaire est exercée sous l'autorité des avocats généraux près des Cours d'appel par les personnes que l'article 10 du code de procédure pénale énumère dans l'ordre suivant : les procureurs de la République et leurs substituts ; les juges cantonaux ; Les commissaires de police, officiers de police et chefs de poste de police ; les officiers, sous officiers et chefs de poste de la garde nationale ; les chefs de secteurs ou OMDAS ; les agents des administrations qui ont reçu des lois spéciales le pouvoir de rechercher et de constater par des procès verbaux certaines infractions ; les juges d'instruction dans les cas prévus par le présent code.

16 - Les personnes ci-dessus énumérées n'ont pas toutes les mêmes attributions. C'est ainsi que le juge d'instruction n'a la qualité d'officier de police judiciaire qu'à titre exceptionnel, notamment en cas de flagrance (Art. 14 al. 2 et 35 du CPP) et ce par dérogation au principe de la séparation des autorités et pouvoirs d'instruction et de poursuite. Les pouvoirs les plus étendus sont, en revanche, dévolus au procureur de la République et à ses substituts, ainsi qu'aux personnes que l'article 11 du CPP qualifient d'auxiliaires du procureur de la République et qui sont, outre le juge cantonal, les membres de la police et de la garde nationales visés aux 3° et 4° de l'article 10 précité du CPP. En effet, si l'article 9 du CPP énonce en règle générale que "la police judiciaire est chargée de constater les infractions, d'en rassembler les preuves, d'en rechercher les auteurs et de livrer ces derniers aux tribunaux, seuls le

(14) Cf décret du 25 octobre 1956 portant modification des articles 52 et 53 du Code de procédure pénale de 1922.

procureur de la République, ses substituts et ses auxiliaires, en vertu des pouvoirs que leur attribue le code de procédure pénale, peuvent en réalité, parmi les officiers de police judiciaire, remplir cette mission dans toute sa plénitude tant qu'une information n'est pas ouverte.

C'est ainsi que les procureurs de la République et leurs substituts peuvent, notamment, procéder ou faire procéder à des enquêtes préliminaires ou à des enquêtes de flagrance (Art. 26 al. 2 et 3 du CPP), constater les infractions et recevoir les plaintes et les dénonciations qui leur sont faites (Art. 26 al. 1er du CPP). Quant à leurs auxiliaires ci-dessus visés, ils disposent en propre des mêmes pouvoirs qu'eux, à charge de les aviser de tout crime ou délit dont ils ont connaissance et de leur transmettre tout renseignement qui s'y rapporte (Art. 11, 12 et 13 du CPP).

Ainsi qu'il est permis de le constater, le rôle de la police judiciaire est essentiel dans la recherche de la vérité "... tant qu'une information judiciaire n'est pas ouverte" (Art. 9 du CPP). Sachant que l'instruction préparatoire n'est obligatoire qu'en cas de crime (Art. 47 du CPP) et qu'elle n'est ouverte en cas de délit qu'à l'occasion des affaires particulièrement difficiles et complexes, on comprend que l'on puisse évoquer la prépondérance du rôle de la police judiciaire dans le procès pénal. La charge de rassembler les preuves des infractions, d'en rechercher les auteurs et de délivrer ces derniers aux tribunaux lui revient, en effet, à titre exclusif dans la majorité des affaires, puisque seule une petite minorité d'infractions pénales fait l'objet d'une information judiciaire. Encore faut-il préciser que le procureur de la République ne décide généralement l'ouverture d'une information qu'au vu des résultats d'une enquête préliminaire effectuée d'office ou à sa demande par le commissaire de police ou l'officier de la Garde nationale territorialement compétent ! A cette précision, il nous paraît également important d'ajouter qu'en fait, loin de s'arrêter à ce stade de la procédure, contrairement à ce que le laisserait supposer la lettre de l'article 9 in fine ("...tant qu'une information judiciaire n'est pas ouverte"), la tâche de la police judiciaire se poursuit en cours d'information et ce, en la forme d'exécution de commissions rogatoires que le juge d'instruction est habilité à leur délivrer conformément à l'article 57 du CPP.

Le souci d'une évaluation correcte des droits de la défense oblige à y intégrer les données ci-dessus. Dans cet esprit, nous rechercherons quelles sont les incidences sur les droits de la défense des enquêtes policières d'une part et des commissions rogatoires de l'autre.

17 - Droits de la défense et enquêtes policières - On s'accorde généralement à dire que les deux enquêtes auxquelles peuvent procéder

les officiers de police judiciaire - à savoir l'enquête préliminaire et l'enquête de flagrance - s'accommmodent difficilement, compte tenu de leur nature, d'un formalisme rigoureux, garant des droits de la défense.

S'agissant d'abord de l'enquête préliminaire, elle est essentiellement destinée à renseigner le procureur de la République sur le sérieux des plaintes qu'il reçoit ou qui lui sont transmises, ce qui lui permet de faire le tri parmi les nombreux dossiers qui lui sont quotidiennement soumis : il classera sans suite ceux qui lui paraissent sans importante gravité et poursuivra les autres selon leur degré de complexité ou de gravité soit par la voie de citation directe devant la juridiction de jugement, soit par le moyen du réquisitoire introductif portant saisine du juge d'instruction. Destinée en définitive à permettre la mise en oeuvre du principe de l'opportunité des poursuites, elle est conçue en la forme d'une enquête rapide et sommaire où aucun formalisme n'est prescrit.

Quant à l'enquête de flagrance à laquelle il est procédé dans les cas de flagrance limitativement énumérés par l'article 33 du CPP, elle est, de droit, aussi rapide et expéditive. L'absence de formalisme et l'inexistence des droits de la défense qui la caractérisent seraient compensées, sinon suffisamment justifiées, par le risque minime d'erreur puisque la nature flagrante d'une infraction permet souvent une identification rapide et certaine du coupable.

Quelle que soit la valeur des arguments par lesquels on cherche à justifier la non garantie des droits de la défense au cours des enquêtes policières, il n'en demeure pas moins que celles-ci permettent souvent l'établissement de la vérité sans que soient nécessairement respectés les droits fondamentaux de l'individu. Il est également constant qu'en vertu du principe de la liberté des preuves en matière pénale, qui permet au juge répressif de fonder sa décision sur tout élément de preuve - fût-il objectivement mineur -, les procès verbaux et rapports établis par la police au cours de ses enquêtes ont une force probante très grande et peuvent, à eux seuls, fonder une décision de culpabilité (15). Comment ne pas convenir, dans ces conditions, que l'intérêt des formalités que prévoient les article 89 et suivants du code de procédure pénale en faveur de l'inculpé, notamment son droit de ne pas faire de déclaration sur le fond de l'affaire lors de sa première comparution devant le juge d'instruction, est pour ainsi dire nul pour celui qui a déjà consenti des aveux complets au cours d'une enquête policière préalable. N'étant soumis à aucune règle de forme et n'étant pas susceptible d'annulation quelque soit le vice dont ils seraient entachés, les actes de police se

(15) Cf notre étude sur "la force probante de l'aveu", in Chronique de Procédure pénale, Rev. Tun. de Drt., 1980, p. 413 et s.

révèlent d'une efficacité redoutable. Fussent-ils irréguliers, ils peuvent servir l'accusation et ôter de la sorte toute portée véritable au formalisme protecteur des droits de la défense, notamment celui que prévoient les articles 69 et suivants du CPP.

Les développements qui vont suivre montrent qu'il peut en être de même des actes d'instruction proprement dits, dès lors que ce sont des officiers de police judiciaire qui y procèdent par voie de commission rogatoire.

18 - Droits de la défense et commission rogatoires - Il est en effet de jurisprudence constante (16) que les officiers de police judiciaire commis rogatoirement par le juge d'instruction pour accomplir des actes d'instruction ne sont pas tenus, en particulier lorsqu'ils procèdent à l'interrogatoire de l'inculpé, de respecter les formalités de l'instruction préparatoire notamment celles qui sont prévues aux articles 69 du CPP. Il est vrai qu'aucun texte ne les y oblige expressément. La règle n'en est cependant pas moins certaine : elle découle tant des principes généraux qui régissent le mandat, que de la nature des actes accomplis rogatoirement par la police qui sont de véritables actes d'instruction. Ne pas la faire respecter revient à éluder les dispositions légales prévues dans l'intérêt légitime de la défense. La situation est d'autant plus regrettable que le procédé de la commission rogatoire est loin d'être exceptionnel, contrairement aux recommandations - expli-cites pourtant - de l'article 57 du CPP. Pour des raisons qui tiennent à la fois à l'encombrement de leur cabinet et à leur souci légitime de tirer profit des capacités professionnelles des membres de la police nationale ayant la qualité d'officiers de police judiciaire, les magistrats instructeurs déléguent très souvent à ces derniers l'accomplissement des actes nécessaires à la recherche de la vérité. S'il est vrai que c'est le juge d'instruction qui décide seul, d'après son intime conviction, du sort de l'inculpé, il n'en demeure pas moins qu'en cas de recours aux commissions rogatoires, surtout dans les cas où celles-ci sont générales - ce qui est très fréquent et jugé valable par la Cour de cassation -, sa conviction intime ne peut résulter que des orientations que la police judiciaire aura donné à l'affaire. Si l'on ajoute que l'exécution des commissions rogatoires peut être régulièrement confiée aux officiers de police judiciaire qui avaient procédé à l'enquête préliminaire préalable, on conçoit qu'il soit difficile aux droits de la défense, fussent-ils expressément garantis par la loi, de s'épanouir dans un contexte pareil. Il est vrai cependant que la volonté d'empêcher une telle hégémonie du

(16) Cf notre chronique de procédure pénale et la jurisprudence qui y est citée, Rev. Tun. de Dr., 1980, pp. 418 à 423 et même revue 1981, pp. 381 à 385.

système inquisitoire n'est pas perceptible dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

b) Le contrôle de la légalité de la procédure par la Cour de cassation.

19 - D'après l'article 199 du CPP "sont annulés tous actes ou décisions contraires aux dispositions d'ordre public, aux règles fondamentales de la procédure et à l'intérêt légitime de la défense". Juge du Droit ayant pour mission de veiller à la bonne application de la loi et à l'unification de son interprétation par l'ensemble des juridictions de l'ordre judiciaire, la Cour de cassation n'a pas manqué de délimiter la portée que doit avoir, selon elle, l'article 199 précité. Il en résulte une distinction nette entre les nullités d'ordre public et les nullités d'intérêt privé (17).

Les premières sont exorbitantes du droit commun. Elles peuvent être soulevées à tout moment de la procédure et même pour la première fois devant la Cour de cassation. Elles ne sont évidemment pas susceptibles de renonciation et doivent être obligatoirement prononcées aussitôt que le juge en constate l'existence.

L'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation révèle cependant que les cas de nullité d'ordre public sont très rares en pratique. Ne méritent, en effet, cette qualification que les moyens de nullité fondés sur la violation des règles relatives à la compétence et à l'organisation judiciaire. C'est ainsi qu'à pu être annulé le témoignage recueilli dans un acte non dressé par un magistrat délégué à cet effet (18), ou le jugement auquel à concouru un magistrat qui avait connu de l'affaire qui en est l'objet soit en tant que procureur de la République (19) soit en tant que juge d'instruction (20). En revanche, ni le défaut de prestation de serment des témoins (21), ni l'inobservation de la règle obligeant d'entendre ceux-ci séparément (22) ne constituent, selon la Cour de cassation, des cas de nullités d'ordre public. La Cour de cassation considère, d'autre part, que les formalités règlementant l'interrogatoire sont également d'intérêt privé et ne peuvent être sanctionnées que par les nullités de cette nature. Ceci a pour

(17) La théorie des nullités de procédure a été posée par un arrêt de principe de la Cour de cassation n° 1722 du 14 juin 1962, Bull. C. Cass., 1962, p. 130.

(18) Cf Cass. pén. n° 7234 du 6 déc. 1972, Bull. C. cass., 1972, p. 136.

(19) Cf Cass. pén. n° 5175 du 23 janvier 1967, Bull. c. cass., 1987 p. 82

(20) Cf Cass. pén. n° 1482 du 19 novembre 1935, R.J.L., 1963, p. 159

(21) Cf Cass. pén. n° 1722 du 14 juin 1962, précité.

(22) Cf Cass. pén. n° 873 du 27 mai 1930, R.J.L. 1963, p. 91

conséquence de subordonner l'annulation de ces actes à des conditions dont la réunion est tellement difficile que le vice qui les entache n'est en fait que très rarement sanctionné par la nullité de la procédure.
Il est en effet constant en jurisprudence (23) que lorsque la règle violée est d'intérêt privé, la procédure incriminée n'est sanctionnée par la nullité que si la partie qui invoque cette sanction justifie d'un préjudice résultant directement de la violation de la loi alléguée. Or, tel n'est pas le cas chaque fois que l'ordonnance portant renvoi de l'inculpé devant la juridiction compétente n'est pas fondée sur l'acte d'instruction incriminé. Cette théorie des nullités est certainement justifiable par la nécessité de faire échec aux manoeuvres dilatoires que facilitent les nullités trop multipliées. Cette conception étroite de l'ordre public procédural l'est cependant beaucoup moins, à notre avis,. Nous considérons, pour notre part, que la question de la participation (ou non) du conseil de l'inculpé à l'instruction concerne l'organisation judiciaire et, qu'à ce titre, elle doit être sanctionnée par une nullité d'ordre public. Il ne fait pas de doute, en effet, que l'introduction de l'avocat dans le cabinet du juge d'instruction, de même que les autres formalités entourant l'acte d'interrogatoire, ont entraîné une modification dans la structure de la procédure pénale et ce par le fait que l'instruction préparatoire soit rendue quasi-contradictoire. L'organisation judiciaire, qui se conçoit nécessairement de façon à permettre la mise en oeuvre du système procédural pour lequel a opté le législateur, s'en trouve en conséquence modifiée par l'intégration de l'avocat parmi les personnes devant participer à cette phase du procès pénal.

Pour cette raison, nous considérons que l'omission des formalités relatives à la convocation de l'avocat au cabinet du juge d'instruction et/ou celles de la mise à sa disposition du dossier de la procédure constituent une violation des règles de l'organisation judiciaire. Il est vrai que la violation de ces règles peut causer un préjudice pour la défense. Mais celle-ci doit être dispensée d'en apporter la preuve en raison du caractère d'ordre public de la nullité qui sanctionne toute règle de l'organisation judiciaire.

Il va sans dire qu'un revirement de la jurisprudence dans cette direction permettrait, peut être mieux que ne le ferait une loi nouvelle, de garantir les droits de la défense au stade de l'instruction préparatoire.

Mais ainsi que nous avons pu le vérifier au long des développements qui précèdent, cela ne saurait suffire à modifier substantiellement les conditions actuelles du procès pénal. La présence d'un

(23) Cf Cass. pén. n° 5574 du 28 février 1968, Bull. c. cass., 1968.

Ministère public fortement structuré, la prépondérance du rôle de la police judiciaire et l'inefficacité des juridictions d'instruction qui en résultent justifieraient probablement une réforme d'envergure de l'ensemble de la procédure pénale. Mais une telle réforme n'est viable que si elle est conçue en fonction des moyens économiques du pays.

II - OBJECTIFS DE LA PROCEDURE PENALE, VOLONTARISME POLITIQUE ET MOYENS ECONOMIQUES

20 - La nécessité de garantir le respect des droits et des libertés individuelles et, tout particulièrement, les droits de la défense dans un procès pénal est un principe universellement admis. Cela est non seulement vrai dans les démocraties occidentales d'Europe et d'Amérique, mais également dans les pays à système communiste, même si la primauté reconnue dans ces pays aux intérêts supérieurs de la Société socialiste aboutit en fait à absorber en partie les droits individuels et réduit parfois à la portion congrue les droits de la défense. Qu'ils soient libéraux, socialistes ou marxistes, les régimes des pays dits en développement revendiquent ces mêmes valeurs et ne manquent de proclamer leur attachement au respect des droits de l'Homme et, tout particulièrement, à la garantie des droits de la défense.

L'examen des codes de procédure pénale de pays comme la Tunisie ou l'Algérie montre qu'aucune différence fondamentale ne sépare leurs législations en ce domaine de celles en vigueur en France, en Belgique ou en Suisse par exemple. Nul ne contestera cependant sérieusement que les droits de la défense sont mieux garantis en France, en Belgique et en Suisse qu'il ne le sont par exemple en Tunisie et en Algérie.

Il est certes vrai que les législations européennes se sont affinées au fil des ans alors que les droits Algérien et Tunisien n'ont pas connu de changement substantiels depuis les années soixante. Mais pour juste qu'elle soit, cette observation ne saurait masquer que la différence entre les deux groupes de pays réside en réalité moins dans le contenu de leurs lois que dans l'esprit avec lequel elles sont appliquées. Alors que les dispositions relatives aux droits de la défense sont interprétées restrictivement, voire éludées dans certains cas, dans des pays en développement comme la Tunisie, dans les démocraties occidentales, elles sont en revanche élevées au rang de principes généraux de droit auxquels est toujours dû le respect même s'il en coûte à la Société.

L'écart séparant les deux groupes de pays, nul n'en disconviendra nous semble-t-il, est à la mesure de la différence de leur degré de développement politique (A) et économique (B).

A - 21 - Au plan politique d'abord, on admettra que les libertés publiques et les droits individuels, parmi lesquels nous comptons les droits de la défense, que la procédure pénale a pour finalité de garantir, ne s'épanouissent réellement que dans le cadre d'un système politique démocratique. On ne s'étonnera donc pas qu'à une période de notre Histoire où la priorité pour nos gouvernements consistait davantage à assurer les fondements d'un Etat solide qu'à préserver les droits individuels, on ait assisté à une régression de ces droits, se traduisant par un écart grandissant entre le **Droit nominal ou formel** et le **Droit effectif ou positif.**

Cette analyse implique qu'une libéralisation du système politique entraîne nécessairement un renforcement des droits de la défense. L'hypothèse est nettement vérifiable en Tunisie où trois importantes lois de procédure pénale ont marqué l'avènement d'un nouveau régime politique ayant promis d'instaurer, en priorité, une société de liberté, de justice et de démocratie. Il est en effet remarquable de souligner que le début de réalisation de ces promesses politiques se concrétisa par l'adoption, pour la première fois en Tunisie, d'une loi limitant la durée de la garde à vue et de la détention préventive (24), suivie de deux autres lois non moins importantes puisque l'une a pour objet la suppression de la fonction de procureur général de la République (25), - ce qui constitue malgré tout une atteinte à l'omnipotence du Ministère public de nature à renforcer l'indépendance de la magistrature (26) - et l'autre porte sur la suppression d'une juridiction d'exception, la Cour de Sûreté de l'Etat (27), dont l'organisation, le fonctionnement au même que la série impressionnante de jugements qu'elle a rendu depuis sa création (28) symbolisaient une soumission affligeante du pouvoir judiciaire au pouvoir exécutif et témoignait d'une conception excessivement répressive et surannée du procès et de la délinquance politiques.
D'autres mesures semblent devoir être prises pour renforcer l'indépendance de la magistrature. Nous croyons, pour notre part, que ce vent de réforme devra nécessairement souffler sur le Conseil supérieur de la magistrature à défaut de quoi les nouvelles lois resteront d'une portée fort limitée.

---

(24) Loi n°87-70 du 26 novembre 1987 portant modification de certains articles du Code de procédure pénale.

(25) Cf Supra, n° 11.

(26) Loi n° 87-79 du 29 décembre 1987 portant suppression de la Cour de sûreté de l'Etat.

(27) Cette juridiction d'exemption a été crée par la loi n° 68-17 du 2 juillet 1968.

(28) Cf M. S. BELAÏD : "Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge", Tunis, 1973, p. 276.

22 - Quoi qu'il en soit cependant et par delà les réformes législatives dont nous venons de souligner la nécessité, c'est de la jurisprudence, c'est-à-dire des magistrats eux-mêmes, que nous attendons désormais les changements les plus importants. Notre conviction est, en effet, que le juge est "lui même un pouvoir social dans le système, dans une société organisée et qu'il se trouve de ce fait même lié par les principes idéologiques et les grandes idées de base sur lesquels l'ensemble de l'édifice social est fondé...". C'est ce qui permet, nous semble-t-il d'expliquer, d'une part son interprétation très restrictive des dispositions légales favorables à la défense sous un régime autoritaire et, d'autre part, de justifier l'espoir d'une meilleure application de ces règles à mesure que se confirmera l'option démocratique du système politique.

Le Ministère public, dont la mission n'est pas seulement de représenter l'accusation mais également de veiller à la bonne application de la loi pénale, ainsi que la défense ont à cet égard un rôle très important à jouer. C'est à eux que revient la charge de favoriser cette évolution en provoquant les revirements de jurisprudence nécessaires et ce, notamment, en exerçant opportunément les voies de recours qui leur sont ouvertes par la loi.

Ces considérations nous paraissent de nature à confirmer que l'évolution de la procédure et des droits et libertés individuelles, qu'elle est supposée garantir, est étroitement liée à l'évolution du système politique. Les développements qui précèdent nous ont montré, en effet, que l'effectivité d'une loi libérale est le plus souvent nulle en période autoritaire et, qu'inversement, une loi autoritaire résisterait difficilement à la libéralisation du système politique. Il faut néanmoins se garder de tout ramener ici à la volonté politique des gouvernants. Des contraintes d'ordre économique empêchent souvent ceux-ci de remédier aux pires défauts de la justice pénale.

B - 23 - C'est en effet la faiblesse des moyens économiques des pays en développement, comme la Tunisie, qui explique, en second lieu, l'écart les séparant des pays développés dans le domaine de la justice pénale .

Plusieurs exemples permettent de l'attester. Ainsi, malgré les conséquences fâcheuses pour les droits de la défense du recours quasi-systématique par les magistrats instructeurs aux commissions rogatoires, il ne serait pas réaliste de proposer qu'une loi leur en interdise ou leur en limite l'usage, quand l'on sait que le gouvernement ne pourra pas, faute de moyens financiers, augmenter en conséquence le nombre des juges d'instruction. De la même façon, si l'on peut regretter que les débats au cours des audiences de jugement soient escamotés, que les

tribunaux s'en tiennent le plus souvent au résultat de l'information judiciaire ou de l'enquête préliminaire et refusent d'entendre à nouveau les témoins et les experts, il faut se rendre à cette évidence qu'aucune réforme ne pourra rien y changer tant qu'on n'aura pas construit davantage de tribunaux et recruté davantage de magistrats. Croulant sous le nombre de dossiers, les juges perdent souvent leur sérénité et se trouvent parfois acculés à rendre une justice expéditive. Une situation aussi fâcheuse ne résulte ni d'une absence de conscience professionnelle chez les magistrats, ni de la mauvaise volonté des gouvernants. Elle est simplement la conséquence de la pauvreté relative du pays.

Cette constatation ne doit pas conduire à la remise en cause de l'universalité des objectifs de la procédure pénale. Les peuples des pays pauvres ont le droit, autant que ceux des pays riches, à une justice pénale sereine, équitable, respectueuse de la dignité de la personne humaine ainsi que de son intégrité physique, garantissant à chaque individu le droit légitime de se défendre. Il importe cependant que l'on prenne conscience de la nécessité d'intégrer l'élément économique dans la recherche des voies et moyens nécessaires à la réalisation de ces objectifs. Il apparaîtra alors que la solution des problèmes des pays pauvres ne réside pas nécessairement dans l'emprunt des procédures et des techniques juridiques en vigueur dans les pays riches. Une loi libérale en France ou en Suisse ne le sera pas nécessairement en Tunisie. Il ne pourrait en être autrement que si l'état de développement socio-politique et économique en garantit l'effectivité. A défaut, la réforme ne serait que de pure complaisance.

Ne disposant pas des mêmes moyens que les occidentaux, il nous appartient, tout en gardant une place privilégiée au droit comparé européen et américain, de développer une réflexion autonome qui, sur la considération des limites de nos moyens économiques, s'attachera à dégager un modèle d'organisation judiciaire adapté à nos moyens ne négligeant pas pour autant la réalisation des objectifs de la procédure pénale dont nous avions souligné le caractère indiscutablement universel. Une telle approche implique, à côté du maintien de la coopération Nord-Sud en matière de recherche juridique, l'intensification en matière de droit pénal et de procédure pénale, de l'entr'aide et de la coopération Sud-Sud. Ce serait là une manière efficace de réaliser, en pays pauvre, les objectifs de la procédure pénale.

THE RELATION BETWEEN THE ORGANIZATION OF THE JUDICIARY AND CRIMINAL PROCEDURE IN TURKEY

F. YENISEY *

Introduction

"Criminal Justice" is a system by itself and it is an official organism of social control. Police, the prosecutor, judge, court, supreme courts and executing units are like links of a chain. This "system" of criminal justice consists of three main units : laws, equipment and human beings.

1. The infrastructure of criminal justice

1.1- **Criminal Justice as a Budgetary Item** : In 1987 the total budget was 10,885,686,000,000-TL. The Ministry of Justice got 140,863,000,000-TL, the General Police Department got 313,663,000,000-TL, which makes a sum of : 454,526,000,000-TL.

The percentage annually alloted to the administration of criminal justice is 4%. (In 1981 the percentage was 6%.)

1.2- Infrastructural Equipment Available to the Administration of Criminal Justice : The Ministry of Justice is competent on the organization and the control of the functioning of infrastructural investments within the budgetary facilities. According to Act No. 3057, the Ministry of Justice plans, establishes and controls the administration of the courts and the enforcement institutions.

There is a directorate within the Ministry of Justice which is competent for research, planning and coordination. There is another "Chief Executive Body" (Baskanlik) within the Ministry of Justice which is competent for dealing with infrastructural needs. Ho wever, 39 buildings of the judiciary belong to the state, whereas there

(*) Doz. Dr., Istanbul, Turkey.

are 218 rented buildings. The buildings of the judiciary were not originally built as "judiciary buildings," so they are not adapted to the task of the judiciary.

The central organ, the Ministry of Justice, is not able to see the needs of the courts, so a local authority can handle the needs of the administration better. In my opinion, there should be a senior judge responsible for the practical needs of the courts (both civil and criminal) in one town and he should be controlling the personnel (except the judges and the prosecutors).

2. The authorities and their roles : The reasons why the Turkish Judicial System is not functioning properly lay in some main points :

a) the courts do not work in an economic administration ;

b) the cases are not prepared promptly by the prosecutor and by the police ;

c) the courts get many more cases than their capacity, decriminalization is not practiced in Turkey ;

d) the judges are not controlled efficiently ;

e) the attorneys use their skills to make a case longer ;

f) some decisions of the high court (Yargitay) make the cases longer.

2.1- The Selection of Professional Judges and Other Officers of the Judiciary : In Turkish law, the professional judges are "the judges of the ordinary, administrative and military courts." The Ministry of Justice opens an examination for the candidates and those who are successful in this examination acquire the status of candidate. After the "preparation," the High Council of Judges and Prosecutors (Hakimler ve Savcilar Yüksek Kurulu) decides whether or not to accept a candidate as a full judge (or prosecutor).

The preparation of the judges for their future job has recently been organized by Act. No. 3221, and there is a training institution in Ankara since May 1, 1987. The candidates have to take a course for three months at the beginning of their candidate-period and another three months towards the end of their training.

However, in practice, during the training period, the organization does not accept the candidate as a full member. He has no responsibilities and he does not learn much within this period. He is not given a seat in the courtroom and has no means to study the files and other legal material. He acts merely as a listener during the session.

After getting the full job, the judges and the prosecutors receive no formal education in this area. There is a draft proposal to form an "Academy for Judges," but this institution is not yet in existence.

The selection of high judges is regulated by the Constitution. The judges of the Court of Cassation (Yargitay) are chosen from the judges, who are in the first degree in their job, by the "High Council for Judges and Prosecutors" (AY 152/4, AK 29). The President of the Court of Cassation, his deputy and the presidents of the "Chambers of the Court of Cassation" (Yargitay Dairesi Bagkani) are chosen by the "General Assembly of the Court of Cassation" (Yargitay Genel Kurulu) from its members for 4 years (AY 154/3, YK 30). The Chief Prosecutor (Bassavei) and his deputy are chosen by the President of the Republic (Cumhurbaskani) from the five candidates, presented by the General Assembly of the Court of Cassation (AY 154/4/ YK 32).

The quality of the personnel : As the salary given to the officials of justice and to the judges is too low, the most qualified persons go to other fields of law. The graduates of the Law Faculties, as well as highly qualified judges seek ways to get a well paid job in the private sector. Only half of the required quota apply for the exams for new vacancies.

The actual number of judges is about 3400 (vacancies : 250), and the actual number of prosecutors is about 2200 (vacancies : 300). But according to the number of cases divided by the capacity of the judges, there is an estimated need of 10,000 judges.

Mostly, vacancies are occupied by "new" personnel whose decisions are not very accurate. On the other hand, since 1981, there exist a number of "High Schools for Justice Officers" (Adalet Meslek Okulu) for forming court personnel, but there is a rejection of them from the organization. The personnel from the school are not considered knowledgeable.

2.2- **Participation of Laymen in the Administration of Justice** : "Laymen" in sense of persons chosen from the public does not exist in Turkish law. However, there are some "judges," who are not professional judges. In criminal procedures against a public employee, preliminary investigations are carried out by an official. Also there are members in the military courts and in the "State Security Courts" who are not judges, but rather military officers. In such cases, the existence of non-professional judges is criticized and many authors propose that this system of composition be abolished. A few authors defend the idea of bringing the system of laymen to the Turkish law, but they are in a minority.

Still, it is accepted that petty offences can be decided upon by an administrative body (Ceza Kararnamesi), the subject having the right to take the matter before a court of professional judges.

2.3- **Special Courts** : "The Organization of the Courts" in Turkey is regulated by a law from the 19th century which was amended several times. There is need for modern law on the organization of the courts. However, because it has not been decided whether or not to have "appeals courts" (Istinaf mahkemeleri) in Turkey, it is not possible to adopt new legislation.

There are a number of special courts in Turkish law. However, among the judges of ordinary jurisdiction, the judges are not distinguished as "judge for civil matters" or "judge for criminal matters." The lack of judges leads to the same judge being judge at the civil court in the morning and sitting in a criminal matter in the afternoon.

In Turkey, there are 640 court subdistricts. In 1986, 285 of them were occupied by only one judge. This means that the same judge had to judge cases of civil, criminal, trade, and juvenile matters. The decisions he takes are therefore not very sophisticated.

In my opinion, the judges should be specialized, but the court itself should be one unit to the public. To avoid conflicts of competence, all cases, whether civil or criminal, serious or petty, should be introduced with the "head of the court" in that subdistrict whereupon he should send the case to the competent civil or criminal court.

2.3.1- Special Courts for Certain Categories of Offences :

a) **State Security Courts** (Devlet Güvenlik Mahkemesi) are established according to art. 143 of the Constitution by the Act No. 2845 in 1983. There are central courts in eight cities. They are competent in offences against the integrity of the state land and population, offences against the order of the republic and offences against the interior or exterior security of the state.

The State Security Courts apply their special rules.

In my opinion, the State Security Courts should be constituted as a chamber of the Court of Assizes (Agirceza Mahkemesi). Today, the State Security Courts have the most qualified personnel and the best equipment. But the cases they handle are less as a consequence of the measures taken after 1980. In the hope that their case-load will not increase, their cases could be distributed among the Courts of Assize (Agirceza Mahkemesi).

b) **Military Jurisdiction** (Askeri Yargilama) : According to the Constitution (Art. 145), the military jurisdiction consists of the "Military Courts" (Askeri Mahkemeler) and the "Disciplinary Tribunals" (Disiplin Mahkemeleri). There are two kinds of military courts : "military courts at peace-time" and "military courts competent in the districts where martial law is applied".

The military courts apply special rules and "the military courts of

martial law" have again further special regulations according to the "Martial Law Act" (Sikiyönetim Kanunu).

Military offences are set out in the "Military Criminal Act" (Askeri Geza Kanunu), but there are many exceptions to the rule and a civilian can also be judged by a military court.

c) **Traffic Courts** : The "Road Traffic Act" (Karayollari Trafik Kanunu) of 1983 has instituted special traffic courts, which have however not been installed yet. These courts are competent for offences of the "Road Traffic Act", which are not very serious and may be subject to light pecuniary fines, light imprisonment, angulation of driving documents or closing down of working places. These courts apply the general rules of criminal procedure.

d) **Press Courts** : The offences set out in the "Press Act" (Basin Kanunu) and offences committed through the press, are dealt with by the press courts. According to art. 36/2 of the Press Act, a chamber of the criminal court is entitled to judge such offences. The general rules apply.

e) **Courts for offences against the rules on foreign currency** (Döviz Mahkemesi) : In some cities, a chamber of the criminal court is entitled to judge the offences against the regulations related to foreign currency (TPKK art. 4/1).

2.3.2. Special Courts for Certain Categories of Offenders :

a) **The High Court** (Yüce Divan) : The Constitutional Court (Anayasa Mahkemesi) gets the name and functions of the "High Court" when judging offences committed by certain high state officials such as offences committed in relation with the office of President of the Republic (AY 105/3), the Prime Minister and the Ministers (AY 100), the president and the members of the Constitutional Court, and some other high government officials.

Here too, the general rules of procedure apply.

b) **The Constitutional Court** (Anayasa Mahkemesi) has jurisdiction over offences of the political parties, where the abolition of the political party is the sanction (AY 57).

The proceedings are oral and the general rules of criminal procedure apply (AY 140/4, AY Mahkk 33, SPK 98/1).

c) **The General Assembly of the Court of Cassation** : is competent for offences committed **not** in office by the president of the Court of Cassation and the Council of State (Danistay) (YK 15/3). Offences committed in relation to their office are judged by the High Court.

d) **Related Chamber of the Court of Cassation** : has jurisdiction over offences in relation to the office of judges of first degree (HSK 90) and of the Ambassadors (MeMK 7).

e) **The Military Court of Cassation** sits on private offences of the president of the "Military Court of Cassation" and of the "Head Prosecutor" (AsYK 38).

f) **The Military Courts** have jurisdiction over the offences committed by military persons (but exceptionally also over civilians) (AY 145/1, AsMK 9,10,14).

g) **The superior official** is competent in the investigation prior to a trial and decides on the opening of a case related to offences committed by the officers linked with their office.

2.4- **The Highest Court (Court of Cassation-Yargitay)** : The highest court in Turkey is the "Court of Cassation" which consists of two bodies : the ordinary one and the court of military cassation. The Court of Cassation is the **only court** for criminal remedies : there is no appeal (Istinaf) in Turkish law.

The lack of an appeal from the courts of first instance to the court of cassation results that in each case, a plea of nullity is possible and the cases pile up in the higher court. So presently, the Court of Cassation is practically unable to fulfill its original task.

Scope of review : According to the law (CMUK Art. 305), some serious cases such as those where a death sentence is imposed, go automatically to the Court of Cassation which is entitled to review the decision rendered by the court of first instance on all points. The review is not limited to issues raised in application.

These two facts have resulted in the Court of Cassation being blocked and unable to fulfill its real task. Thus some extraordinary remedies have arisen. Except retrial (muhakemenin iadesi), there is the "reversal by a written order" (Yazili emir ile bozma), "correction of the decision of the Court of Cassation" (tashihi karar) and "the chief public prosecutor's protest" (Bassaveinin itirazi) against a decision given by criminal chambers of the Court of Cassation.

2.5- **The Prosescuting Authority** : Hierarchical structure : On the top we find the Ministry of Justice, then comes the prosecutor at the court of assizes in each province and sub-province, and then the prosecutor at the level of local general courts (Asliye Ceza Mahkemesi).

There is an "organization of the prosecution office" (Savcilik) in each province and sub-province. In each unit there is a (chief) prosecutor and a sufficient number of subordinate assistants. The assistants are under the supervision of the prosecutor.

The prosecutor at the "Court of Assizes" (Agirceza Mahkenesi) has the supervision over the other prosecutors at the courts which belong to his area.

In practice, the prosecution office in Istanbul is subdivided into various divisions dealing with flagrant cases, smuggling, press offences, etc.

The public prosecutor is in charge of the preliminary investigations and is assisted by the police (CMUK 154). In reality the cases are not properly investigated and the court has to search for the most elementary documents during the trial. Thus trials sometimes have to be adjourned for months.

The public prosecutor is in charge of a case until the court makes a decision. After he has lodged the case, he has no control over the case and cannot withdraw the indictment.

The principle of legality, according to which every person suspected of an offence should be prosecuted, is exercised widely under Turkish law. Exceptions to this rule are few (CMUK 149) and not important. The prosecutor has to bring an indictment "if there is a sufficient evidence to pursue" (CMUK 148/2), and thus even the most trivial cases go to the court. And as the Penal Code is an old one, there are many minor cases which are still being tried.

2.6- **The Authority of Indictment** : In the Turkish law, the prosecutor is the only authority in this field. There is no special authority such as the chamber of accusation between the preliminary investigation and court proceedings. The phase of the judicial preliminary investigation (ilk sorusturma) was abolished in 1985. Today, every indictment of the prosecutor comes before the court without any control by a judge or by a court which leads to the evidence in favour of the accused not being properly investigated and results in longer duration of the proceedings.

2.7- **The Defence** : The office of defence is not regarded as a part of the organization of the judiciary. It is not obligatory to be assisted by counsel with only one minor exception (CMUK 74). During the preliminary investigation the lawyer chosen by the accused has only limited possibilities. He plays his main role only during the trial.

2.8- **Police and Judicial Authority** : There is no special organization of the police related to criminal proceedings. The ordinary policeman acts as an administrative officer to prevent crime and other hazards. If a crime has been committed, he has the duty to search for the evidence. There is no special criminal police division.

In theory, the police act upon orders from the prosecutor to search the persons and evidence (CMUK 156). But in reality the police receive the information about a crime before the prosecutor and begin to go

after the case. After finishing the investigation, the police inform the prosecutor by report and it depends upon this report whether the prosecutor will file an indictment or not ; if the police have found a suspect, the prosecutor will prosecute, otherwise he won't. In reality many cases end at the police station, as the police don't inform the prosecutor, because both parties have already readied a friendly settlement.

According to the law, the police are subordinated to the prosecutor during a criminal investigation (CMUK 154/2). In reality, as the prosecutor himself is not an expert in criminal investigation, he does not have real control on how the police handle the matter. After the investigations are terminated, the prosecutor makes only a "juridical conclusion".

The "judge of the peace" (Sulh Ceza Hakimi) has the right to give orders to the police, if there is an act of "in flagrati" and if there are hazards in delay (CMUK 158).

2.9- **The Minister of Justice and Criminal Procedure** : The Minister of Justice is entitled to give orders to the prosecutor to bring an action in ordinary cases (CMUK 148/4). On the other hand, after a decision is "res judicata" he can order to bring an action, if the sentence has been definite without having been controlled by the Court of Cassation (Yargitay) (CMUK 343). This is an extraordinary remedy in Turkish law. In some cases he is entitled to give the permission to prosecute a case (TOK 3,7).

2.10- **The Experts (bilirkisi)** : In Turkish law it is sometimes obligatory to take an expert's opinion. The Court of Cassation reverses the decision of the court of first instance, if this has been omitted. So, the courts take the opinion of an expert and decide according to the expert's opinion. Since 1985, the time limit for filing the report is limited to two months, but in practice, it lasts longer to take the expert's opinion. "The Forensic Law Institute" (Adli Tap Enstitüsü) has become an obligatory instance.

3. Differentiation and specialization of criminal justice

3.1- **Organized Crime** : There are some special divisions of the police to face the problem of organized crime such as the Polis Cevik Kuvvet Birimi which is competent to fight organized crime against the social order (ETK Ek.M. 9).

Organized crime in Turkey is defined as terror against the state or trading in narcotic drugs.

To enforce the fight against terrorism, many amendments to the law were made. In 1971, the Constitution of 1961 was amended to

prevent the misuse of the liberty of individuals to destroy democracy. Crimes related to terrorism, such as kidnapping and hijacking are punished more severely. The Code of Criminal Procedure was amended and the time for bringing the accused before the judge was shortened. In 1979 there were new amendments which increased the penalties for some crimes in connection with violence. Again, in 1983, some punishments were aggravated. The Code of Penal Procedure was amended in 1981 and 1985. Pretrial investigation by a judge was abolished.

The Act of Martial Law (Sikiyönetim Kanunu) was also amended and "State Security Courts" (Devlet Güvenlik Mahkemeleri) were formed in 1983.

In the field of smuggling narcotics, police laboratories were formed in some central cities and there are special units of the police. Narcotic smuggling cases are judged by the "State Security Courts", if it is committed by an organization.

At the transnational level, narcotic smuggling shall be tried also in Turkey and the offender shall be punished for the second time, even if he was already convicted abroad and had served his sentence. An exception to the rule of "ne bis in idem" in international criminal law practice in Turkey is then applied to narcotics offences.

3.3- **Petty Offences** : The Institute of "penal decrees by the justice of the peace" (Sulh hakiminin ceza kararnamesi) allows the prosecutor to request the justice of the peace to mete punishment without trial (CMUK 386). On the other hand, the prosecutor has to ask the accused to pay the fiscal penalties with regard to some light offences (Snödeme TCK 119).

My proposal in relation with the petty offences is for Turkey to eliminate the infractions (kabahat-Übertretung) from the Criminal Law. Petty cases should be within the competence of the administrative authorities. In connection with this, the differentiation between the "Courts of General Competence" (Asliye Ceza Mahkemesi) and "Courts of the Peace" (Sulh Ceza Mahkemesi) should be abolished.

3.4- **International and Transnational Crime** : Turkey has made some efforts to fight international criminality while avoiding double jeopardy.

In the struggle against international criminality, Turkey has signed many international agreements of the Council of Europe.

Double jeopardy : Since 1980 there are several decisions of the Court of Cassation under which when a crime committed abroad has been sentenced abroad, a second trial in Turkey is barred. Parallel to these decisions, there is a law of 1984 (No. 3002), according to which the

transfer of foreign prisoners to their native country is possible (see however the exception for the smuggling of drugs, 3.1 above).

4. Trends of Reform

"The reform of the Penal Code" has been discussed in Turkey since 1986. Subject of discussion now is a "rough draft of the Turkish Penal Code" (Türk Ceza Kanunu On Tasarisi) which was prepared by an expert committee. The rough draft brings a new penal code, all the articles are amended. The number of the articles is reduced, but there are also some new crimes.

The draft code is criticized firstly as to the method of its preparation. No criminological research was made before the draft was prepared. Second, it is criticized because the reforms are not linked to other fields of criminal law such as criminal procedure and the execution of sentence.

The rough draft code has little chance of becoming law, as the government of Ozal decided to hold new elections in November 1987.

Reform of the organization of the courts : Since abolishing the "Appeals Courts" (Istinaf Mahkemeleri) in 1924, there have been several drafts for a new organization of the courts but with no success. The present Code of Organization dates back to 1879, was oftentimes amended and hsa lost its systematic coherence. The last draft of 1987 deals with the organization of the courts of first instance and neglects their relation with the courts of remedies and with the criminal judicature as a whole. This draft brings some solutions to the present urgent needs, but does not concern the mechanism of judicature as a "compact system".

ABBREVIATIONS

AY	(Anayasa) Constitution of the Turkish Republic
AYMahkK	(Anayasa Mahkemesi Kanunu) Act of the Court of Constitution
AsYK	(Askeri Yargitay Kanunu) Act of Military Court of Cassation
CMUK	(Ceza Muhakemeleri Usulu Kanunu) Criminal Procedure Code
ETK	(Emniyet Teskilati Kanunu) Act of Security Organization
HSK	(Hakimler ve Saveilar Kanunu) Act of Judges and Prosecutors
MeMK	(Memurin Muhakemata Kanunu) Act of procedure for officials
SPK	(Siyasi Partiler Kanunu) Act of Political Parties
TL	(Türk Lirasi) Türkish Pound
TCK	(Türk Ceza Kanunu) Türkish Penal Code
TPKK	(Türk Parasinin Kiymetini Koruma Manunu) Act of defending the value of the türkish money
YK	(Yargitay Kanunu) Act of the Court of Cassation

LES RAPPORTS ENTRE L'ORGANISATION JUDICIAIRE ET LA PROCEDURE PENALE EN U.R.S.S.

A. D. BOIKOV * et A. I. MIKAILOV **

Le système de la justice criminelle de l'URSS inclut les Cours, les organes d'instruction préliminaire, le Ministère public et les organes mettant le jugement à exécution. En remplissant ses fonctions de prévention de la criminalité, d'instruction et de solution des affaires concrètes, le système de justice criminelle agit en coopération avec différentes formations professionnelles et sociales (collectivités de travailleurs, tribunaux de camarades, différentes commissions des Soviets locaux, y compris les commissions sur les affaires de jeunes, etc...). Le Ministère de la Justice de l'URSS et le barreau, qui assure la défense et la représentation en procédure pénale, sont aussi en rapport avec l'activité de la justice criminelle.

La Constitution de l'Union Soviétique, en établissant la règle selon laquelle la justice en URSS est rendue uniquement par les cours et les tribunaux, souligne que, dans le domaine de la lutte contre la criminalité, nul ne peut être ni reconnu coupable d'une infraction, ni faire l'objet d'une sanction pénale autrement que par le jugement d'un tribunal et conformément à la loi. Ces dispositions de la Constitution démontrent, d'une manière convaincante, que parmi les organes de l'Etat qui luttent contre la criminalité et qui forment, dans leur ensemble le système des organes de justice criminelle, le rôle principal appartient à la cour.

La justice, en sa qualité d'activité de l'Etat, possède un nombre de caractéristiques spécifiques. Tout d'abord, comme il a été déjà souligné, la justice en URSS est rendue uniquement par les cours et ne peut être rendue par aucun autre organe étatique ou social. Cette disposition a

(*) Professeur, Institut National de Prévention de la Criminalité, Moscou (URSS).

(**) Professeur, Institut National de Prévention de la Criminalité, Moscou (URSS).

une importance énorme. Elle exclut toute sorte d'arbitraire, assure l'unité de la jurisprudence pénale sur tout le territoire du pays et, de la sorte, l'égalité des citoyens devant les cours et la loi. Tout citoyen se trouvant dans le domaine de l'activité de la justice pour défendre ses droits et ses intérêts contre des atteintes criminelles ou poursuivi pour avoir commis une infraction, peut être assuré d'un examen impartial et objectif de son cas.

Et c'est en cela que consiste le deuxième trait particulier de la justice : elle est rendue par voie d'examen des affaires pénales et civiles concrètes, c'est-à-dire que la cour éclaircit les faits, les juge et détermine les conséquences juridiques qui sont énoncées dans la décision sur une affaire civile et dans le jugement sur une affaire pénale. Les décisions et les jugements de la cour, dès l'instant qu'ils passent l'épreuve des voies de recours ou s'ils ne sont pas attaqués, reçoivent force de loi et deviennent actes juridiques obligatoires à exécuter.

L'examen judiciaire et la solution du procès, troisième particularité de la justice, sont effectués d'après les règles précises qu'on appelle, d'habitude, forme de procédure ou ordre de procédure. Les exigences de forme dans la procédure, énoncées dans les Fondements de la procédure civile et pénale de l'Union Soviétique, sont uniformes pour tout le pays. Mais puisque l'URSS est un pays multinational composé de quinze Républiques fédérées il est évident que la législation de chaque république doit aussi s'inspirer des traditions, de la culture et des coutumes de chaque peuple. C'est pourquoi les législations des républiques fédérées ont pour base initiale la législation fédérale sur la procédure pénale et civile. Les Codes de procédure pénale et civile sont obligatoires pour toutes les cours de cette république. Dans tous ces Codes, les principes démocratiques de justice socialiste sont incarnés de manière absolue et uniforme.

On peut aussi noter que les principes suivants animent la justice soviétique : l'organisation de toutes les cours sur la base de l'élection par le peuple des juges et assesseurs populaires ; l'examen collégial des affaires pénales dans toutes les cours ; l'indépendance des juges et leur soumission à la loi ; la conduite du procès dans la langue de la majorité de la population d'une région déterminée et présence d'un interprète si l'une des parties ne parle pas cette langue ; la garantie du droit de l'accusé de se défendre ; la participation des représentants des organisation sociales à l'audience ; la présomption de la non-culpabilité, etc...

L'examen des affaires dans toutes les instances est mené en audience publique (sauf de rares exceptions, par exemple, quand les intérêts de la morale l'exigent). Pour pouvoir être à la portée du public présent, le procès se déroule en respectant les principes du caractère direct et oral des débats et de la publicité de la procédure, ce qui garantit un

large contrôle social. La participation des organisations sociales lors de l'administration de justice se réalise par la délégation à la cour d'assesseurs populaires et aussi par l'utilisation d'autres formes. En ce qui concerne les affaires pénales, les organisations sociales sont représentées, en qualité de défenseurs et accusateurs délégués, par une collectivité de travailleurs. Il est important de souligner que les représentants des organisations sociales, en agissant de façon indépendante, ne remplacent pas, n'excluent pas et ne limitent pas la participation au procès de défenseurs professionnels des droits et des intérêts des demandeurs, des accusés et des victimes.

L'article 152 de la Constitution de l'URSS formule le principe fondamental de l'organisation du système judiciaire, dont l'essentiel consiste en ce que toutes les cours de l'URSS sont formées selon le principe de l'élection des juges et des assesseurs populaires. Les juges populaires des tribunaux de district (de ville), qui examinent la majorité des affaires pénales, sont élus par les citoyens des arrondissements des villes au suffrage universel, égal et direct et au scrutin secret, pour une période de cinq ans. Les assesseurs populaires des tribunaux populaires des arrondissements (de ville) sont élus lors de réunions des citoyens, sur leur lieu du travail ou de résidence, à main levée, pour une période de deux ans et demi. Les juges ainsi que les assesseurs populaires des juridictions supérieures (de districts, de régions, de républiques autonomes), sont élus à main levée par les Soviets des députés du peuple correspondants, lors de sessions des Soviets pour une période de cinq ans.

Dans les Républiques fédérées fonctionnent les Cours suprêmes des Républiques fédérées qui examinent, en première instance, les affaires sur les crimes comportant un grand danger social commis sur le territoire de ces républiques. Elles sont le tribunal de seconde instance pour les cours de territoires (de région) de ces républiques. Dans les Républiques fédérées n'ayant pas de division en régions, elles représentent la seconde instance (la Cour de cassation) pour tous les tribunaux populaires fonctionnant sur le territoire de ces républiques.

L'activité et la compétence des Cours suprêmes des Républiques fédérées sont réglées par la législation de ces républiques. Conformément à l'article 153 de la Constitution de l'URSS, la Cour suprême de l'URSS est l'organe judiciaire suprême du pays, qui exerce la surveillance de l'activité judiciaire des cours et des tribunaux de l'URSS, ainsi que des cours et des tribunaux des Républiques fédérées dans les limites établies par la loi. La Cour suprême de l'URSS est élue par le Soviet Suprême de l'URSS et se compose du Président, des vice-présidents, des membres et des assesseurs populaires. Elle est constituée du Plénum de la Cour suprême, de la chambre civile, de la chambre criminelle

et de chambre militaire. L'organisation et le fonctionnement des sous-divisions de la Cour suprême de l'URSS sont réglementés par la loi sur la Cour suprême de l'URSS, adoptée le 30 novembre 1979 sur l'administration de la procédure civile et pénale. Le fonctionnement du Plénum est réglementé par la loi sur la Cour Suprême de l'URSS. Les directives du Plénum sont obligatoires pour tous les organes de l'Etat et tous les fonctionnaires responsables de l'application des lois.

Dans notre pays fonctionnent aussi les tribunaux militaires. Conformément à la loi de l'URSS du 25 juin 1980 qui a adopté "Le Règlement des tribunaux militaires", les tribunaux militaires, en accomplissant les tâches de la justice socialiste, sont appelés à mener la lutte contre les atteintes à la sécurité de l'URSS, à la valeur combative de ses Forces armées, à la discipline militaire et à l'ordre du service militaire établi. Les tribunaux militaires sont compétents pour connaître des affaires pénales en matière d'infractions commises par des militaires lors de l'accomplissement de leurs fonctions, ainsi que de toutes les infractions de droit commun commises sous l'uniforme et toutes les affaires de crimes de guerre et d'espionnage.

Dans notre pays, les tribunaux militaires sont aussi organisés selon le principe de l'élection. Les membres du tribunal militaire sont élus par le Présidium du Soviet Suprême de l'Union Soviétique pour une période de cinq ans. Les assesseurs populaires qui participent aux séances des tribunaux militaires de première instance sont élus pour une période de deux ans et demi. Le procès pénal devant les tribunaux militaires se déroule d'après les règles générales de procédure pénale, c'est-à-dire selon les règles qui s'appliquent dans tous les autres cours et tribunaux du système de justice pénale.

Selon la Constitution de l'URSS, tous les juges et les assesseurs populaires sont responsables devant les électeurs ou les organes qui les ont élus. Ils peuvent être révoqués par eux avant la fin de leur mandat. La procédure de révocation des juges et des assesseurs populaires est fixée par la loi.

Les organes d'instruction faisant partie du système de justice criminelle ont pour but de prévenir et d'empêcher la préparation et l'accomplissement des infractions, de découvrir les infractions déjà commises et d'identifier les coupables. Il faut souligner que la procédure pénale soviétique est traditionnellement divisée en deux phases. La première est l'instruction préliminaire et la deuxième l'examen judiciaire des affaires pénales. Lors de la réalisation de la première phase, le rôle principal appartient aux organes de l'instruction préliminaire des infractions, qui sont les organes d'instruction et d'enquête.

Conformément à la loi (art. 29 des Fondements de la procédure pénale de l'URSS et des Républiques fédérées), les organes d'enquête

sont la milice, les organisations et établissements ayant le droit de mener l'enquête, ainsi que les commandants des formations et unités militaires. En établissant les fonctions des organes d'enquête et d'instruction, la loi indique qu'en premier lieu ils doivent prendre toutes les mesures nécessaires à la découverte des infractions et de leurs auteurs. En même temps, la loi distingue les particularités du fonctionnement des organes d'instruction, préliminaire ou non. Dans le premier cas, l'organe d'enquête qui a décelé une infraction doit procéder aux actes d'instruction nécessaires pour fixer les indices de l'infraction. Il doit ensuite adresser les matériaux recueillis à l'agent d'instruction dans un délai de dix jours.

Les agents d'instruction (qui font partie du système des organes de justice pénale) sont regroupés, en URSS, dans trois différentes institutions : le ministère public (la procurature), le Ministère de l'Intérieur et le Comité de sécurité de l'Etat (KGB). Conformément à la loi, une instruction préliminaire est menée pour la plupart des infractions pénales. La compétence des organes d'enquête et d'instruction est déterminée par la législation de l'URSS et des Républiques fédérées.

Ainsi, l'une des caractéristiques de l'organisation et du fonctionnement du système de justice pénale en URSS est que la loi donne un rôle considérable aux organes d'enquête et aux agents d'instruction qui sont les pionniers de la lutte contre la criminalité, qui mènent l'instruction préliminaire, recueillent les preuves et envoient le dossier au procureur, lequel prend la décision de le transmettre au tribunal pour examen. De plus, les organes d'enquête et les agents d'instruction ont le droit de décider de suspendre l'instruction dans les affaires peu dangereuses et dans celles qui concernent des mineurs. Dans ce cas, le coupable se voit infliger des mesures de pression sociale au lieu d'une peine pénale. La diversion est réalisée par les Cours de camarades et les commissions sur les affaires de mineurs auprès des Soviets des députés populaires. Les agents d'instruction et les organes d'enquête ont aussi le droit de diriger les personnes ayant commis des délits mineurs - et qui reconnaissent leur faute - vers la rééducation et la correction au sein de la collectivité où travaillaient ou étudiaient ces personnes avant d'avoir commis le délit. Cette décision des organes d'enquête et des agents d'instruction doit être sanctionnée par le procureur.

Une autre particularité du système de justice criminelle en URSS consiste en ce que les organes du ministère public (la procurature) font partie intégrante de ce système. L'article 164 de la Constitution de l'URSS stipule que la surveillance suprême de l'application stricte et uniforme des lois par tous les ministères, comités d'Etat et départements, par les entreprises, administrations et organisations, par les organes exécutifs et administratifs des Soviets locaux des députés du

peuple, par les kolkhozes, coopératives et autres organisations sociales, par les fonctionnaires ainsi que par les citoyens, incombe au Procureur général de l'URSS et aux procureurs qui lui sont hiérarchiquement subordonnés. Conformément à l'article 165 de la Constitution, le Procureur général est nommé par le Soviet Suprême de l'URSS pour une période de cinq ans. Les procureurs des Républiques fédérées, des Républiques autonomes, des territoires, des régions sont nommés par le Procureur général. La durée de leur mandat est aussi de cinq ans. Les procureurs des districts, des villes et des arrondissements urbains sont nommés par les procureurs des Républiques fédérées et confirmés par le Procureur général.

Une des particularités essentielles du système de la procurature de l'URSS est formulée à l'article 168 de la Constitution de l'URSS, qui stipule que les organes de la procurature exercent leurs pouvoirs indépendamment des organes locaux, quels qu'ils soient, et ne relèvent que du Procureur général de l'URSS. Cela signifie que le système des organes de la procurature de l'URSS, qui va du procureur de la République fédérée au procureur de l'arrondissement urbain, est construit d'après un principe unifié : l'organe inférieur de la procurature est subordonné à l'organe supérieur de la procurature, tandis que le Procureur général, qui est à la tête du système des organes de procurature, est responsable devant le Présidium du Soviet Suprême de l'URSS, auquel il rend compte de son activité.

L'article 2 de la loi sur la Procurature de l'URSS détermine les tâches de la procurature. Il stipule que toute l'activité du système des organes de procurature de l'URSS est dirigée vers le renforcement de la légalité socialiste et de l'ordre légal. Il a pour but de protéger de toutes atteintes donc : le régime social consacré par la Constitution de l'URSS ainsi que son système politique et économique ; les droits socio-économiques, politiques et individuels ainsi que les libertés des citoyens proclamés et garantis par la Constitution et les lois ; les droits et les intérêts légaux des entreprises d'Etat, des organisations, kolkhozes, coopératives et autres organisations sociales. Toute l'activité des organes de la procurature doit contribuer à l'éducation des fonctionnaires et citoyens dans l'esprit de l'exécution volontaire de leurs obligations constitutionnelles, de l'observation des lois et des règles de mode de vie socialiste.

Dans le domaine de la lutte contre la criminalité, la procurature surveille l'application des lois par les organes d'enquête et d'instruction, ainsi que le contrôle de l'exécution des lois lors de l'examen des affaires pénales. Faisant partie du système de justice pénale et exerçant la surveillance suprême de la légalité, les organes de la procurature ont de larges pouvoirs. Les pouvoirs du procureur lors de l'enquête préliminaire ont un caractère discrétionnaire. Pratiquement, cela veut dire que

les décisions de procédure les plus importantes des organes d'instruction et d'enquête sont prises seulement après leur approbation par le procureur. Ainsi, par exemple, le procureur confirme l'application des mesures de contrainte comme l'arrestation des suspects ou des inculpés, la perquisition, la saisie de la correspondance postale et télégraphique, la suspension des prévenus et autres mesures ayant trait aux droits des suspects ou des inculpés lors de la phase d'enquête préliminaire.

Comme il a été mentionné plus haut, le procureur prend aussi la décision de transmettre l'affaire au tribunal après la fin de l'enquête. Ce faisant, il n'est pas tenu de prendre en considération l'opinion du juge d'instruction ou des organes d'instruction et a le droit de prendre une décision contraire. En particulier, il peut stopper l'affaire, la renvoyer pour complément d'enquête, changer l'inculpation mais seulement en l'atténuant, refaire le texte des conclusions d'inculpation ou le confirmer et saisir le tribunal des causes pénales.

En cours d'instance, les pouvoirs du procureur n'ont plus de caractère discrétionnaire. Le procureur n'a le droit ni de changer, ni d'annuler une décision prise par le tribunal lors de l'examen de l'affaire. Comme le prévoit la loi sur la procurature de l'URSS, les procureurs qui contrôlent , en cours d'instance, l'application des lois, veillent à ce que l'examen des causes soit complet et objectif dans toutes les juridictions, que les décisions, sentences, définitions ou arrêts soient rendus légalement et motivés dans chaque cause et que les jugements soient exécutés en temps voulu et en conformité avec la loi. Le procureur remplit ces tâches en participant à l'audience lors de l'examen des affaires pénales, en remettant ses conclusions sur les questions surgissant en cours d'audience, en formant pourvoi contre les irrégularités de l'huissier, en présentant le réquisitoire ou en renonçant à l'accusation. En outre, en cas de désaccord avec la définition, la sentence ou l'arrêt du tribunal, le procureur a le droit de former un pourvoi en cassation. Il a aussi le droit, dans les limites prévues par la loi, de suspendre l'exécution de l'arrêt contre lequel a été formé un pourvoi en cassation. La décision sur le pourvoi en cassation est prise par une instance judiciaire supérieure qui agit selon sa propre conviction, c'est-à-dire indépendamment des arguments du procureur.

Une des particularités de l'activité des organes d'enquête et d'instruction, de la procurature et du tribunal, dans le domaine de la lutte contre la criminalité, est la réalisation du principe de publicité du procès pénal. Cela veut dire que lors de chaque découverte d'indices relatifs à une infraction pénale, les organes d'enquête et d'instruction, la procurature et le tribunal sont tenus d'ouvrir l'action pénale, laquelle commence par l'instruction préliminaire de l'enquêteur ou de l'organe d'instruction.

Quand l'organe qui ayant effectué l'enquête préliminaire est convaincu d'avoir réuni assez de preuves sur la culpabilité d'une personne, il prend la décision de transmettre cette affaire au procureur. Et c'est justement le procureur qui, en application de la loi soviétique, est l'organe compétent pour décider le renvoi de l'affaire au tribunal. L'examen de l'affaire pénale commence par le traitement de la question du renvoi de l'inculpé devant le tribunal. Cette question peut être résolue soit par un seul juge, soit par un juge et deux assesseurs populaires qui prennent en considération le caractère de l'infraction pénale et les données relatives à la personnalité de l'inculpé. Pendant cette phase, les matériaux recueillis durant l'instruction sont analysés du point de vue du respect de la légalité par les organes d'instruction (ou d'enquête) et du point de vue de savoir si les éléments en présence sont suffisants pour que le tribunal puisse connaître de cette affaire.

Il faut souligner qu'en tranchant la question du renvoi de l'inculpé devant le tribunal, ce dernier, sans préjuger de la question de la culpabilité, peut ne pas être d'accord avec les conclusions d'inculpation. Dans ce cas, le tribunal peut retourner l'affaire pour complément d'enquête ou prononcer une nouvelle inculpation en l'atténuant, ou réhabiliter l'inculpé et clore l'affaire.

Le barreau prend une part active dans le procès pénal et est représenté par les avocats de la défense et les avocats des victimes ou des parties civiles. Il n'entre naturellement pas dans le système des organes de la justice pénale de l'Etat. Conformément à la loi de l'URSS du 30 novembre 1979 sur le Barreau de l'URSS, le barreau est une organisation sociale autonome qui fonctionne sur tout le territoire du pays. Du point de vue de l'organisation, les avocats sont réunis en collèges de défenseurs des territoires, régions et républiques qui, à leur tour, créent des bureaux de consultation juridique dans les villes et les arrondissements.

L'article 158 de la Constitution de l'URSS stipule que l'inculpé a le droit d'être défendu. En complément de cet article de la Constitution, les articles 22 et 23 des Fondements de la procédure pénale de l'Union Soviétique et des Républiques fédérées règlent des questions concrètes touchant à la participation du défenseur au procès pénal. Le défenseur est admis dans toutes les affaires, sans exception, dès que l'instruction est terminée et que l'inculpé en est informé. Dans les affaires relatives à des infractions commises par des mineurs ou par des personnes empêchées de se défendre elles-mêmes à la suite d'une maladie, le défenseur est admis dès le moment de la notification de l'inculpation. Sur décision du procureur, le défenseur peut participer à n'importe quelle affaire après la notification de l'inculpation.

La loi de procédure pénale contient la règle de la défense obligatoire. Cela veut dire qu'indépendamment de la volonté de la personne poursuivie au plan pénal, l'organe d'enquête ou d'instruction ou le tribunal est tenu de lui désigner un avocat pour la défense de ses intérêts. D'après la loi, la défense obligatoire doit être assurée par l'organe d'instruction ou d'enquête, le procureur ou le tribunal pour toutes les affaires portant sur les infractions commises par des mineurs, par des personnes souffrant d'une maladie qui les empêche de se défendre elles-mêmes et par des personne inculpées d'un crime pour lequel la loi prévoit, parmi les sanctions, la peine de mort, sanction exceptionnelle. La participation du défenseur est encore obligatoire quand la personne poursuivie ne parle pas la langue utilisée à l'audience et dans d'autres cas prévus par la loi.

La loi de procédure pénale règle les droits et obligations de l'avocat qui prend part à l'affaire. Conformément à l'article 23 des Fondements du procès pénal de l'Union Soviétique et des Républiques fédérées, l'avocat de la défense est tenu d'utiliser tous les moyens et possibilités prévus par la loi pour éclaircir les circonstances permettant d'acquitter l'inculpé ou d'atténuer sa responsabilité, ainsi que de lui apporter l'aide juridique nécessaire. Dès le moment de son admission à la cause, le défenseur a le droit de communiquer avec l'inculpé, de prendre connaissance du dossier et d'en tirer les renseignements nécessaires, d'apporter les preuves, de présenter des requêtes, de participer à l'audience, de récuser, de porter plainte contre les actions et décisions de l'enquêteur, du juge d'instruction. Il peut encore participer aux interrogatoires de l'inculpé et aux autres actes d'instruction auxquels il est procédé, selon les requêtes déposées par l'inculpé ou son défenseur. Une des particularités de la réalisation du droit à la défense dans le procès pénal soviétique est l'existence d'une disposition légale selon laquelle l'avocat n'a ni le droit de refuser la défense qu'il avait assumée, ni celui de révéler les renseignements reçus au cours de cette activité.

Dans notre pays on doit noter l'existence d'un Ministère de la justice de l'URSS et de ministères de la justice des Républiques fédérées. Dans les régions et territoires, on trouve des départements de justice auprès des comités exécutifs des Soviets des députés du peuple locaux. Le Ministère de la justice de l'URSS et ses organes locaux assument des fonctions de gérance judiciaire. Les organes du Ministère de la justice préparent les cadres judiciaires, s'occupent de leur perfectionnement professionnel, de l'approvisionnement des tribunaux et des cours, c'est-à-dire qu'ils leur fournissent tout ce qui est nécessaire à l'administration de la justice, y compris les locaux, les appareils, les techniques de bureau, les documents législatifs, etc... En outre, le Ministère de la justice et ses organes, centraux et locaux, sont tenus de généraliser l'activité ju-

diciaire, sans pouvoir cependant se mêler de l'administration de la justice ; ils sont également responsables de la diffusion et de la propagation des méthodes des tribunaux et des cours en littérature scientifique et méthodologique nécessaires. Le Ministère de la justice n'accomplit aucune fonction qui aboutirait à une ingérence dans l'activité des organes de la procurature. Au contraire, comme chaque organisme gouvernemental, le Ministère de la justice de l'URSS, ses organes centraux et locaux sont contrôlés par les organes de la procurature.

Font aussi partie du système des organes de justice pénale les organes qui s'occupent de l'exécution des peines infligées par un tribunal. Ce sont : les huissiers auprès des tribunaux ainsi que les organismes de travail et de redressement du Ministère de l'Intérieur de l'URSS et des ministères de l'intérieur des Républiques fédérées. L'activité de ces organes est réglée par le droit de la procédure pénale, ainsi que par la législation correctionnelle de l'URSS et des Républiques fédérées.

Le système des organes de justice criminelle en URSS n'inclut pas d'organes ou d'organismes compétents pour assumer les fonctions de la police judiciaire. Les fonctions qui tendent à assister le tribunal dans son activité d'administration de la justice, consistant à assurer l'ordre pendant l'audience, à garder les personnes arrêtées et amenées au tribunal pour débattre des affaires relatives aux infractions qu'elles ont commises, à garantir l'exécution de l'arrêt du tribunal, sont conférées aux organes de la milice soviétique. De la sorte, la milice apporte son aide au tribunal afin de garantir une administration de la justice qui soit conforme à la législation sur la procédure pénale.

Dans leur lutte contre la criminalité, les organes de la justice pénale en URSS s'inspirent de la Constitution de l'Union Soviétique, des Fondements de la législation pénale, de la procédure pénale et correctionnelle de l'URSS, ainsi que de celles des Républiques fédérées.

Pour donner plus de support législatif à l'activité des organes de justice pénale, le Soviet Suprême de l'URSS adopte des lois régissant les différents aspects de la lutte contre la criminalité. Comme exemple, on peut indiquer la Loi de l'URSS du 11 juin 1969 par laquelle a été ratifié le "Règlement sur la détention préliminaire" et la Loi de l'URSS du 29 octobre 1976 par laquelle a été ratifié le "Règlement sur la détention à court délai des personnes présumées coupables d'avoir commis une infraction pénale". En plus des lois mentionnées ci-dessus, d'autres actes législatifs régissent certains organes de l'Etat. On peut citer la Loi de l'URSS du 19 juin 1973 sur "les droits et obligations essentiels de la milice soviétique pour la défense de l'ordre social et de la lutte contre la criminalité". Les fondements de législation de l'URSS et des Républiques fédérées sur "l'organisation judiciaire", dans leur rédaction du 25 juin 1980, occupent une place particulière dans le système judiciaire de

l'URSS. Cette loi établit les principes d'organisation du système judiciaire de l'URSS qui développent et complètent les dispositions de la Constitution de l'Union Soviétique.

En ce qui concerne le perfectionnement de l'activité des organes de justice pénale, un grand rôle appartient à l'opinion publique. L'article 162 de la Constitution de l'URSS établit une règle générale selon laquelle peuvent prendre part au procès pénal les représentants des organisations sociales et des collectivités de travailleurs. Cette disposition de la Constitution se réalise en un nombre important de manifestations concrètes de la participation des citoyens dans la lutte contre la criminalité. En rapport avec cela, il convient de noter surtout l'activité des équipes de volontaires pour le maintien de l'ordre public. L'activité de ces organismes sociaux est régie par la Loi de l'URSS du 29 juillet 1974 "Sur les droits et obligations essentiels des équipes bénévoles populaires pour le maintien de l'ordre public". Conformément à cette loi, ces équipes sont formées de collectivités de travailleurs, sur les lieux de domicile des citoyens pour renforcer la défense de l'ordre public et lutter contre la commission d'infractions. Les tâches de ces organismes sociaux sont les suivantes : participation aux activités de défense de l'ordre public dans les cités ; soutien aux organes de la milice, aux juges d'instruction, aux procureurs et aux tribunaux dans leur lutte contre la criminalité ; participation à la correction et à la resocialisation des personnes ayant commis une infraction et organisation de manifestations sur la prévention de la criminalité.

Comme le démontre la pratique, les équipes populaires bénévoles apportent une contribution importante à l'efficacité du travail de défense de l'ordre social et de lutte contre la criminalité.

Un rôle important dans la lutte contre la criminalité appartient aussi aux tribunaux de camarades. Ce sont des organismes sociaux autonomes qui sont organisés sur les lieux de travail, d'études ou de domicile des citoyens. Leur tâche consiste à connaître les affaires, sur leur propre initiative, relatives aux personnes qui se comportent de manière indigne au travail ou à la maison, violent la discipline du travail ou commettent des infractions qui ne sont pas pénalisées. En outre, les tribunaux de camarades peuvent connaître des affaires qui leur ont été transmises par les organes d'instruction, les juges d'instruction, les procureurs ou les tribunaux. Cela se produit lorsqu'il y a lieu de penser que la personne ayant commis l'infraction peut être corrigée en dehors de la justice pénale, grâce à "des mesures d'influence sociale" qui peuvent être infligées par les tribunaux de camarades. Il faut souligner que dans plusieurs régions du pays, le travail actif des tribunaux de camarades apporte des résultats efficaces dans le domaine du renforcement de l'ordre public et de la lutte contre la criminalité.

Une autre forme assez répandue de la participation des citoyens au procès pénal est l'admission, à l'audience, des accusateurs et défenseurs délégués par une collectivité de travailleurs. D'après notre législation, l'organe d'instruction ou d'enquête qui mène l'instruction préliminaire sur une affaire pénale est tenue de donner des informations sur cette affaire aux collectivités où la personne ayant commis l'infraction a travaillé ou étudié. Cela se passe à l'occasion de réunions au cours desquelles la collectivité ou l'organisation sociale de cette entreprise ou de cette organisation décide d'envoyer auprès du tribunal un accusateur ou un défenseur délégué. En participant à l'audience en qualité de défenseur ou d'accusateur délégué, le représentant de l'opinion publique peut réellement participer à l'examen des matériaux de l'affaire et donner son opinion sur la question de la culpabilité de l'inculpé, ainsi que sur le quantum de la peine. Si l'arrêt du tribunal ne correspond pas à l'opinion de l'accusateur ou du défenseur délégué par une collectivité de travailleurs, celui-ci a droit de recours.

Dans l'activité des organes judiciaires de notre pays, une grande attention est attribuée à la participation des représentants de collectivités de travailleurs, aux fins de connaître des affaires sur les infractions commises par des mineurs. L'article 41 des Fondements de la procédure pénale de l'URSS et des Républiques fédérées contient la règle selon laquelle le tribunal qui connait des infractions commises par des mineurs a le droit de demander la participation, à l'audience, de représentants d' organisations ou d'entreprises dans lesquelles a étudié le mineur, ainsi que celle de représentants des commissions sur les affaires des mineurs et, le cas échéant, de représentants d'autres organisations sociales. Une telle connaissance des affaires portant sur les infractions commises par des mineurs garantit une analyse profonde de toutes les circonstances de l'affaire ayant trait à l'infraction elle-même, à la personnalité du mineur et contribue à ce que le tribunal prenne une décision juste en matière de peine.

Nous nous sommes arrêtés ici sur quelques formes seulement de la participation populaire à la procédure pénale. Il faut noter que, dans l'activité pratique des organes de la justice pénale, il existe aussi d'autres formes de participation populaire. Ainsi, par exemple, l'article 128 du Code de procédure pénale de la République fédérée de Russie (des dispositions analogues existent dans les codes des autres républiques) oblige l'enquêteur à utiliser l'aide de la population lors de l'instruction et de la prévention des infractions. Dans notre pays, un grand nombre de méthodes et procédés intéressants est élaboré pour inciter des représentants d'organisations sociales à assister les organes d'instruction dans leur travail. En tout cas, le fait de s'appuyer sur la participation popu-

laire est un des points principaux qui caractérisent l'activité de ces organes.

Une des particularités du fonctionnement des organes de la justice pénale en URSS est l'attention permanente que ces organes doivent prêter à la prévention de criminalité. Les articles 55-57 des Fondements de la procédure pénale de l'URSS et la législation sur la procédure pénale des Républiques fédérées régissent, en détail, l'activité des organes d'instruction, de procurature et celle des tribunaux dans le domaine de la prévention du crime. La loi souligne que, pour chaque affaire pénale, des mesures doivent être prises pour déceler les causes de l'infraction pour les éliminer.

Puisqu'il n'y a pas de criminalité organisée en URSS, les organismes spécialisés pour lutter contre ce phénomène n'existent pas.

Les organes de la justice pénale développent un important travail pour retrouver et punir les criminels nazis. Pour cela, ils coopèrent souvent avec d'autres pays.

Conformément aux décisions du Parti Communiste de l'URSS et du Gouvernement du pays, un grand travail est réalisé dans le domaine de la lutte contre l'alcoolisme, grâce à tout un éventail de mesures économiques, sociales, juridiques, etc... Ce travail a déjà provoqué une baisse considérable au niveau des crimes dangereux, tels que les homicides, les viols, les brigandages, les pillages et autres crimes violents.

Les changements apportés dans la procédure d'instruction préliminaire ont exercé une influence positive sur l'efficacité de la lutte contre la criminalité. Maintenant, pour un grand nombre de crimes dangereux, la connaissance de l'affaire selon une procédure simplifiée est prévue, ce qui a permis, sans cependant affaiblir les garanties de légalité, de rapprocher dans le temps la punition du moment de la commission de l'infraction.

Aujourd'hui, l'URSS mène un travail de codification d'envergure de la législation pénale et prépare un projet de nouveaux Fondements de la législation pénale de l'URSS et des Républiques fédérées. On prévoit d'inclure dans le projet du code pénal un chapitre portant sur les crimes contre la paix et contre l'humanité. Le projet reflètera aussi des normes pénalisant les actes prévus par des Conventions internationales.

En ce qui concerne la procédure pénale, notre pays discute largement aujourd'hui la question du développement permanent des principes démocratiques de la procédure pénale et des garanties de leur réalisation, de la défense des droits et des intérêts légitimes des citoyens. Les spécialistes dans le domaine de la procédure pénale élaborent des propositions visant à accroître la transparence dans le domaine de la lutte contre la criminalité, à perfectionner les formes de participation populaire dans les activités des organes d'instruction, de la procurature

et des tribunaux, et à réaliser largement les mesures de prévention de la criminalité basées sur un examen scientifique de ses causes.

Des propositions sont aussi faites pour que la défense soit plus largement représentée au cours de l'instruction préliminaire. Le problème, ici, est de créer des conditions telles qu'elles permettent d'exclure la violation des droits et des intérêts légitimes des personnes participant au procès pénal en qualité de suspects, d'inculpés et de victimes.

Une grande discussion a lieu dans la presse soviétique sur les questions de réalisation des conditions de restructuration des mesures tendant à assurer un haut niveau de justice pénale, à renforcer le prestige du tribunal soviétique, ce qui est important pour réaliser les buts éducatifs et résoudre le problème de la prévention spéciale et générale.

THE RELATIONS BETWEEN THE ORGANIZATION OF THE JUDICIARY AND CRIMINAL PROCEDURE IN YUGOSLAVIA

S. BELJANSKI*

1. "None of the States would be genuine indeed, if its law courts were not arranged as they should" (1). In principle we could not challenge the rightness of this very old assertion, although it still does not reveal the essence: what makes a state genuine and in which way should courts of law be arranged? Is there a universal key to this problem? Historically, positive-law, political and cultural relativeness of the proposition "as they should" reflects all the complexity of the reality concept of law. If we had a certain common measure, something like a "sensus communis", (2) "consensus gentium", (3) "jus cosmopoliticum" (4) or "original positions", (5) then we would speak about the "state of states", about an "areopagus of nations" and about a general law order possible only with some "blind negligence which objectively contributes to freedom which is never possible by itself" (6). In spite of the growth of international law standards, such an ideal about global systems is not yet attainable. Disuniting tendencies are present not only on an international level but also within each state.

(*) Advocate, Novi Sad, Yugoslavia

(1) Plato, Laws, D 766.

(2) G. Vico, De nostri temporis studiorum ratione.

(3) Aristotle, Nicomachean Ethics, 1173-a, Aristotle, Topica, loo-I, Cicero, Tusculanarum Disputationum, I, XVI, 36.

(4) I. Kant, Die Mataphysik der Sitten, §62, Berlin, 1916.

(5) J. Rawls, A Theory of Justice, Oxford, 1972.

(6) F.W.J. Schelling, System des Transzendentalen Idealismus, IV, II-appendix, Hamburg, 1957.

2. A norm tends to define an ideal type of behaviour. Political interests, on the other hand, do not want to be bound by a norm, even if it is their own. Therefore, there is a permanent conflict between ideality of norm and reality of interests. In the field of this conflict the problem of the organization of the judiciary plays a very important role. Criminal Courts have a significant place as an element of social defence social integration. The organization of the judiciary and the rules of procedure show to which degree governmental authority is prepared to rationalize the administration of justice.

3. The natural state as a lawless state (7) and political pragmatism which is above the law work to atrophy the law, but the organizing process itself has similar effects. Organizing principles restrict the ability of a complex totality to develop, while preserving its identity (8). They always give content to the subject they deal with. In contrast to some other fields of public life the principles of law court organization, in the interest of legal safety, seek certainty and stability, but, at the same time, extra-legal interests impose uncertainty and unstability, as a suitable retreat for the modulation and spreading of the law itself and its inexorable commands. Because of this, principles of law court organization are not only an external framework for the essence of trial, but also a conditional intervention in law by which a state internalizes again what has already been announced through statutes as its will.

4. In the system of authority the law court is a middle notion (9), which mediates between subjective political will expressed in the statute and the objective necessity to respect legality. A law court is, in another way, that terminus medius which does not appear in conclusion, the purpose of which is to respect rightness and legality, although it previously appears as terminus major when applying law, and as terminus minor when it intervenes in conflicts and legal relations.

5. The general task of organization is to enable functional harmony between essence and existence. Law courts would attain that harmony

---

(7) Status justitia vacuus, Kant, ibidem, §44.

(8) About organizing principles and abilities of society to learn. See I. Gabermas Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus 1.

(9) As they are by Negel, a state, government and law, as that general, medium termin in which individuals and their satisfying of complete reality have and get their mediate and their material, so that only by chain linked with conclusions the same Terminorum, i.e. with personality, and with will, a certain totality can be understood in its organization,--System der Philosophie, I Teil, Die Logik, § 198.

through inviolable juridical competence, if it really had characteristics which are normatively attributed to it: independence, professionalism, impartiality and rightness. And, if it would be able to accomplish what is meant to be its pure purpose: legally carried out procedure in which an innocent will never be condemned, but a law breaker will get a legal sanction. These are optimal demands. The power of trial which a state confides to law courts, however, goes through double revision: one, in a phase of transfering authority after which the court never stays completely emancipated, and, another, in the phase of a trial itself in which the court never uses total authority which has been given to it. The power of trial, as judicium with reflection, doesn't depend only on conscience, education, sound sense for justice, the ability for curbing one's emotions, intellectual skill and political distinction, but on psychological dispositions, prejudices, public opinion, social status of a judge and his subconscious bending to supposed and respected expectations.

6. The right of court organization is unconditional although it directly serves the accomplishment of adjective law. Law court is a subject for process, but at the same time it is an object of regulations of its own organization. The topic of this report is to point out some normative and practical problems of the law court organization in SFR Yugoslavia--SFRY (10)--and to try to answer the question how much the court as a law object is in position to function like process subject.

(10) To theme "Actual problems of position, organization and efficiency of the criminal justice system in SR Croatia" is devoted Nr. 2-3/87 of Journal "Our Legality", Zagreb, in which in connection with my report special attention should be paid to work of Prof. D. Krapac and I. Korac, "Certain Structural and Functional Aspects of Contemporary Yugoslav Criminal Justice System".

IV

PROJET DE RÉSOLUTIONS

PROJET DE RÉSOLUTIONS

1. L'infrastructure de la justice pénale

Au-delà des mesures de prévention de la criminalité, il serait souhaitable que les Etats renforcent l'administration de la justice pénale dans le cadre d'un programme orienté sur l'efficacité.

A cet effet, il faudra intensifier l'affectation de ressources financières adaptées, d'une part, à la fonction essentielle de la justice pénale au sein de l'Etat moderne, d'autre part, à l'importance et à l'incidence des différentes formes de criminalité dans la société contemporaine.

Il convient de garder présent à l'esprit que cette affectation doit toujours viser à une amélioration qualitative de l'administration de la justice.

Enfin, les Etats devraient assurer la transparence des moyens budgétaires alloués à la justice.

2. Les autorités et leurs fonctions

2.1 - La nomination et la formation des magistrats professionnels

La qualité de la justice pénale, c'est-à-dire la capacité des organes et des règles de procédure à atteindre les objectifs principaux du procès pénal, dépend en bonne partie de la position personnelle et de la qualification professionnelle des magistrats. Il est par conséquent souhaitable que les Etats :

- consacrent tous leurs efforts à ce que la sélection, la nomination, le traitement économique et les conditions de travail des magistrats garantissent le mieux possible l'acquisition des capacités professionnelles requises, ainsi que la continuité de leur formation ;

- adoptent simultanément les instruments institutionnels et procéduraux adéquats afin de sauvegarder l'indépendance et l'impartialité des juges ;

- assurent l'égalité de tous dans l'accès aux professions judiciaires et durant l'évolution de la carrière.

2.2 - **La participation populaire à l'administration de la justice**

L'institution de la participation populaire à l'administration de la justice pénale, sous les différentes formes que l'on retrouve dans les divers systèmes pénaux, apparaît fortement ancrée dans les tradi-tions juridiques et la structure constitutionnelle et politique des Etats qui connaissent ce système.

Il serait souhaitable que les juridictions de ce type se voient appliquées, par principe, toutes les règles ordinaires de procédure pénale, y compris le double degré de juridiction.

2.3 - **Juridictions spécialisées**

L'instauration de juridictions spécialisées est admissible dés lors qu'elle a pour but d'améliorer tant le niveau professionnel des magistrats que la qualité de la justice rendue.

Les juridictions spécialisées doivent appliquer les règles ordinaires de la procédure pénale et, en tout état de cause, les principes du "procès équitable".

Les juridictions d'exception (ad hoc) doivent être proscrites.

2.4 - **La juridiction suprême**

Quel que soit le type de juridiction suprême dont s'inspire chaque système - juridiction de cassation pour le contrôle de la légalité ou juge du "troisième degré" - on constate couramment que la surcharge de travail judiciaire à laquelle de nombreuses Cours suprêmes dans différents pays du monde sont soumises, a tendance à altérer leur rôle et à compromettre gravement leur efficacité.

A cet égard, il serait souhaitable que les législateurs, dans le respect de leur système constitutionnel, élaborent dès aujourd'hui des solutions à ce problème.

Parmi ces solutions, on pourrait envisager des modifications de procédure (par exemple l'instauration d'un filtrage préalable des recours), de l'organisation judiciaire (par exemple l'institution d'une juridiction de "second degré"), de l'activité du barreau (par exemple une spécialisation des avocats) et encore l'amélioration de l'assis-tance mise à disposition des magistrats (personnel auxiliaire qualifié, par exemple assistants de recherche et moyens d'équipement mo-dernes).

La suspension du délai de prescription de l'action pénale serait aussi un moyen adéquat pour décourager les pourvois dilatoires.

2.5 - **Le Parquet**

Le Parquet doit être, autant que possible, indépendant du pouvoir exécutif.

Le parquet doit mener une action dans un souci d'impartialité, d'objectivité et de loyauté.

Le Parquet doit assurer pleinement son double rôle de garant de l'application de la loi et de moteur de l'action pénale.

Afin d'assurer l'égalité des justiciables et la cohérence de l'action du Parquet, il serait souhaitable que des principes directeurs de son action soient définis au sein de l'institution.

2.6 - **Procédure de mise en accusation**

Il serait souhaitable qu'entre la phase préparatoire et la phase décisoire du procès pénal, un organe juridictionnel détermine si les charges sont suffisantes pour soutenir le procès.

2.7 - **La défense**

Toute personne a un droit inviolable à l'assistance d'un défenseur dans toutes les phases du procès pénal, y compris dès le début des investigations.

Afin de garantir l'application effective de ce droit, une assistance, financée par les fonds publics, doit être accordée au justiciable n'ayant pas les moyens pécuniaires d'assurer sa défense.

2.8 - **Organes d'enquêtes et autorités judiciaires**

C'est de la qualité du travail des organes d'enquêtes que dépend, en bonne partie, la qualité du déroulement du procès pénal.

Il serait donc souhaitable que chaque Etat consacre une attention particulière au choix et à la formation du personnel, à la mise à disposition des équipements nécessaires, à la régulation des activités des organes d'enquête, dans un souci d'efficacité et de sauvegarde des droits et des intérêts de toutes les personnes impliquées dans le procès pénal.

Il est nécessaire que les organes concernés opèrent sous la direction et le contrôle d'une autorité de poursuite ou de jugement

3. Différenciation et spécialisation de la procédure pénale

Des formes anciennes et plus récentes de criminalité - parmi lesquelles la criminalité organisée, la criminalité économique, la petite délinquance, la criminalité internationale et transnationale - imposent une révision du système de relations entre l'organisation judiciaire

et la procédure pénale afin de mieux assurer la prévention et la répression.

Pour satisfaire de telles exigences, dans le cadre des normes constitutionnelles et dans le respect des droits fondamentaux de l'individu, il serait souhaitable de tout mettre en oeuvre afin d'affronter efficacement :

- la criminalité organisée par une "justice organisée" et coordonnée aux autres pouvoirs de l'Etat ;

- La criminalité économique par un degré de spécialisation adéquat des différents niveaux opérationnels ;

- La "petite délinquance" par une adaptation proportionnée des moyens aux objectifs en adoptant, entre autres, des procédures et des mesures alternatives aux procédures et aux mesures traditionnelles de la justice pénale ;

- La criminalité internationale et transnationale par l'intensification des anciennes et nouvelles formes de coopération entre Etats, au-delà des barrières des souverainetés nationales et par l'instauration de nouveaux principes de droit pénal international ("civitas maxima").

DRAFT RESOLUTIONS

1. The infrastructure of criminal justice

Apart from measures devoted to the prevention of crime it is desirable that states strengthen the administration of criminal justice within the context of a programme directed towards practical effectiveness.

To this end it wil be necessary to increase the financial ressources devoted, on the one hand, to the essential function of criminal justice in the modern state and, on the other, and, to responses to the importance and the incidence of different forms of criminality in modern society.

It should be noted that such allocations are to be directed towards qualitative improvements to the administration of criminal justice.

Finally, the national budget must clearly reflect the financial allocations devoted to the administration of justice.

2. The authoritie and thier functions

2.1 - The nomination and training of professional judges

The quality of criminal justice, that is to say the capacity of the organs of criminal justice and of the rules of criminal procedure to achieve the principal objectives of the criminal process depends, in large measure, on the personal position and the professional qualifications of the judges. If is therefore desirable that states

- direct their efforts in order that the selection, nomination, remuneration and conditions of work of the judges ensure to the fullest extent possible the acquisition of the requisite professional knowledge as well as the continuity of their professional education ;

- adopt at the same time institutional and procedural measures adequate to ensure the independence and impartiality of the judges ;

- ensure equality of treatment in respect of entry to and treatment within the judicial profession.

2.2 - **Popular participation in the administration of justice**

The institution of popular participation in administration of criminal justice, in the different forms in which it is found in different systems of criminal justice, appears to be strongly anchored in their legal traditions and in their constitutional and political structures.

It would be desirable that jurisdictions of this sort apply all the ordinary rules of criminal justice including the double degree of jurisdiction.

2.3 - **Specialized courts**

The establishment of specialized courts is acceptable so far as their purpose is to improve the professional level of judges and the quality of justice which they dispense.

Specialized courts must apply the ordinary rules of criminal procedure and, in all cases, must respect the principle of fair trial.

Special ("ad doc") courts are forbidden.

2.4 - **The Supreme Tribunal**

Whatever may be the type of supreme court adopted in each system - court of cassation for the control of legality or ultimate appeal court (juridiction of the third degree in the French sense) - a contemporary and widespread phenomenon is that of an excessive judicial workload which affects numerous supreme courts in different countries and has a tendency to affect their role and to compromise their effectiveness.

In this respect, it would be desirable that legislators having regard to the values contained in their constitutional systems, proceed to elaborate solutions to this problem.

Among these solutions, one could envisage certain modifications to procedure (for example, the institution of a filter system in respect of appeals), of the organization of the judiciary (for example, the institution intermediate appeal jurisdiction), of the activity of the bar (for example, specialization by advocates, and also the improvement of assistance placed at the disposition of the judges (qualified auxiliary personnel, for example research assistants) and modern equipment.

The suspension of periods of prescription applicable to criminal procedure would also be a suitable means in order to discourage appeals and motions devoid of merit.

2.5 - **The prosecution service**

The procesution service must, as far as possible, be independent of the executive.

In its actions, the prosecution service must conduct itself impartially, objectively and in good faith.

The prosecution service must fulfill its double role as guarantor of the application of the law and as the authority having the duty to invoke the criminal process.

In order to ensure the equal treatment of persons involved in the criminal process and of coherence in respect of action taken by the prosecution service, it would be desirable for the prosecution service to elaborate guidelines inside the institution.

2.6 - **Examining the sufficiency of the Case**

It would be desirable to introduce, between the preparatory phase and the trial, a jurisdiction invested with the power to determine whether there is a sufficient case to go to trial.

2.7 - **The defence**

Every person has an inviolable right to defence counsel at every phase of criminal procedure including that of investigation.

In order to guarantee the effective application of this right, assistance financed by public funds must be granted to an accused who lacks adequate financial means to secure his defence.

2.8 - **Investigative organs and judicial authorities** (1)

In large measure, the quality of criminal proceedings depends upon the quality of the organs entrusted with the investigation of crime and the researches which they undertake.

It would therefore be desirable that each state pay particular attention to the recruitment and to the training of such personnel, to the provision of necessary equipment and to the specification and regulation of the activities of such organs in order to ensure their effective operation and in order to safeguard the rights and interests of persons involved in the criminal process.

It is necessary that the organs operate under the direction and control of the prosecuting or an authority exercising judicial functions.

3. Differentiations and specialization in criminal procedure

Ancient and more recent forms of criminality, among which are : organized crime, economic crime, petty offences and international and transnational crime, necessitate a revision of the system of

(1) This includes prosecution services organized on the Anglo-Saxon model.

relations between judicial organization and criminal procedure in order better to ensure the prevention and control of crime.

In order to achieve the above goals consistent with the norms contained in the constitutions of different states and with fundamental human rights, it is desirable to take all necessary measures in order to deal effectively with :

- **organized crime** by "organized justice" coordinated with all the relevant organs of the state ;

- **economic criminality** with an adequate degree of cspecialization at the relevant operational levels ;

- **petty offences** with a balanced adaptation of means to ends adopting among other solutions procedures and measures alterna-tive to those traditionally employed in criminal justice ;

- **international and transnational** crime by the intensification of ancient and new forms of cooperation among states, crossing the barriers posed by considerations of national sovereignty and by the development of new principles of international criminal law ("civitas maxima").

V

CHRONIQUE LÉGISLATIVE

DIX ANS D'EVOLUTION LEGISLATIVE EN BELGIQUE

(1977-1987)

H. D. BOSLY *

Si cette décennie n'a pas su s'accomplir de grandes réformes fondamentales, il n'empêche que l'activité législative et règlementaire a été abondante durant cette période. C'est un signe des temps et le droit pénal et la procédure pénale n'échappent plus désormais à ce mouvement législatif rapide et s'opérant parfois en sens divers sinon contradictoires. Il n'est pas possible de commenter toutes les lois nouvelles tant elles sont nombreuses (surtout les lois particulières dont l'intérêt n'est que relatif). Dès lors, une sélection a été faite qui ne retient que les innovations jugées les plus significatives.

I - DROIT PENAL GENERAL

Les principes généraux du droit pénal n'ont guère été affectés par les réformes intervenues durant la période considérée.

- Une loi du 1er février 1977 modifie l'article 25 du Code pénal en précisant que la durée de **l'emprisonnement correctionnel** est de cinq ans au plus sauf lorsqu'il s'agit d'un crime, punissable des travaux à temps, qui a été correctionnalisé. Dans ce dernier cas, le maximum est de dix ans.

La même loi modifie également l'article 60 du Code pénal concernant le **concours** matériel de délits et qui permettait déjà le cumul des peines mais sans excéder le double du maximum de la

(*) Professeur à la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain (Belgique), Secrétaire général de l'Union Belge et Luxembourgeoise de droit pénal

peine la plus forte. Cette nouvelle loi précise qu'en aucun cas la peine ne peut excéder vingt années d'emprisonnement.

- Les amendes sont devenues plus chères. En effet, la loi du 2 juillet 1981 a prévu que leur montant serait majoré de cinq cent nonante décimes, c'est à dire multiplié par soixante.

- L'alinéa 2 de l'article 100 du Code pénal a été abrogé mais cette réforme qui ne concernait que le droit fiscal sera commentée infra.

- En Belgique également, la **réforme** du Code a été entreprise. Le 20 Avril 1976, une Commission pour la révision du Code pénal était instituée à l'initiative du Ministre de la Justice de l'époque. Elle était composée de 18 membres.

En 1979, la Commission publiait un premier rapport sur les principales orientations de la réforme concernant et portant surtout sur les principes généraux du Code pénal (1). Cette publication était destinée à susciter des réactions parmi les milieux juridiques et criminologiques intéressés à juste titre par la réforme.

Afin d'hâter l'aboutissement de cette réforme, un arrêté royal du 8 avril 1983 (2) nommait Mr Robert LEGROS, Commissaire royal de la réforme du Code pénal. Ce choix était explicable puisque ce dernier menait parallèlement et brillamment une carrière de magistrat et de professeur d'Université. Une impulsion nouvelle était ainsi donnée, mais la Commission n'était nullement supprimée car le Commissaire royal se voyait tenu de lui communiquer ses textes pour avis.

C'est à la fin de l'année 1985 que parut **l'Avant-projet du Code pénal** (Bruxelles, le Moniteur, 216 pages). Ce document contient le texte des 232 articles destinés à composer le Livre Premier du futur Code pénal. Ensuite on y trouve des explications circonstanciées qui se rapprochent davantage par leur contenu du commentaire d'articles et qui sont intitulées par l'auteur "Exposé des motifs". En résumé, les grandes lignes de ce projet sont les suivantes : modernisation du Code, tout en gardant comme référence principale la doctrine néo-classique, consécration de la théorie de l'auteur concernant l'élément moral de l'infraction, diversification des peines, recul de la courte peine d'emprisonnement, création du tribunal de l'application des peines.

La publication de ces propositions a été accueillie par la doctrine en

(1) Bruxelles, Ministère de la Justice, 123 p.

(2) Rev. dr. Pén. Crim., 1983, p. 765.

sens divers (3). Par la suite, le Ministre de la Justice a créé un Comité de rédaction du Code placé sous sa propre présidence. Mais ce travail a été interrompu par la dissolution des Chambres législatives et le mouvement de réforme semble aujourd'hui marquer une pause dont la durée risque d'être longue.

L'évolution des opinions concernant la morale individuelle et sociale est à l'origine de deux lois : - la loi du 20 mai 1987 abroge les articles 387 et 390 du Code pénal qui réprimaient l'adultère. Suivant l'exemple d'autres pays le législateur belge a considéré que cet acte relevait du domaine de la vie privée.

- La loi du 30 juillet 1981 réprime certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie. Parmi les caractères de la personne pouvant rendre la discrimination punissable pénalement, la loi retient essentiellement la race, la couleur, l'ascendance et l'origine nationale ou ethnique. Cette loi constitue en infraction les faits suivants : l'incitation publique à la discrimination, à la haine ou à la violence ; - la publicité donnée à l'intention de pratiquer la discrimination ; l'acte discrimi-natoire dans l'offre ou la fourniture d'un bien ou d'un service dans un lieu accessible au public ; - l'appartenance à un groupement ou à une association qui, de façon manifeste et répétée, pratique la discrimination ou la ségrégation raciale ou prône publiquement celle-ci, ou le concours apporté à semblable groupement ou association ; - le fait pour un fonctionnaire ou officier public, un dépositaire ou agent de l'autorité ou de la force publique, de refuser arbitrairement et de façon discriminatoire l'exercice d'un droit ou d'une liberté.

D'autre part, la loi reconnaît aux établissements d'utilité publique et aux associations disposant de la personnalité juridique depuis au moins cinq ans à la date des faits litigieux le droit d'ester en justice.

- Les technologies nouvelles ont évidemment une incidence sur le processus de criminalisation. Ainsi, la loi du 17 avril 1986 insère dans le Code pénal plusieurs articles nouveaux concernant le vol et l'extorsion

(3) Voy. F. TULKENS : A propos de la réforme du Code pénal. Analyse de l'avant-projet de Code pénal de Monsieur LEGROS, Journ. Trib., 1986, pp. 557-562 ; le numéro 3 de l'année 1986 des Annales de droit de Louvain, pp. 123 à 276 ; L. DUPONT : Het voorontwerp van een nieuw Strafwetboek in België, In Delikt en delikwent, 1986, pp. 998 à 1021 ; le numéro 5-6 de l'année 1987 de la revue Panopticon, pp. 382 à 524 ; A. DE SMET : Le droit pénal nouveau a-t-il aussi chez nous bon vent ?, Rev. Dr. Pén. Crim., 1987, pp. 109 à 155 ; le numéro spécial du Journal des procès, 1987, pp. 1 à 64 et J. MESSINNE et P. VANDERVEEREN : Réflexions sur l'élément moral, In J.T., 1987, pp. 185 à 187.

de matières **nucléaires** (art. 477 à 477 sexiès du Code pénal) et la remise, l'acquisition, la détention, l'utilisation, l'altération, la cession, l'abandon, le transport ou la dispersion de matières nucléaires en dehors d'une habilitation légale (art. 488 bis du Code pénal). Un article 331 bis du Code pénal punit la menace.

- Une loi du 13 juin 1986 autorise le **prélèvement** et la **transplantation d'organes humains.** Elle comporte des dispositions pénales destinées à assurer le respect des obligations et conditions fixées par cette même loi.

- D'autres réformes sont justifiées par l'importance que ces matières prennent dans la vie économique et sociale actuelle. C'est ainsi que le régime de la répression des infractions **fiscales** (et notamment de la fraude fiscale) a subi de profondes modifications qui se sont manifestées parfois en sens divers (4). C'est ainsi que la loi du 10 février 1981 a érigé en infraction pénale toute violation d'une disposition du Code fiscal (ou de ses arrêtés d'exécution) commise dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire.

La même loi du 10 février 1981 exclut toute circonstance atténuante, interdit au juge de prononcer l'amende seule et l'oblige au contraire à prononcer l'emprisonnement (sous réserve du sursi si l'antécédent du prévenu ne s'y oppose pas). Difficilement conciliable avec le principe de l'individualisation judiciaire de la peine, cette loi traduit la volonté politique d'appliquer des peines suffisamment sévères aux auteurs d'infractions fiscales.
Par la suite, l'arrêté royal n° 41 du 2 avril 1982 a rétabli la possibilité pour le juge de retenir les circonstances atténuantes en faveur du prévenu. Bien plus, la loi du 4 août 1986 abroge l'alinéa 2 de l'article 100 du Code pénal qui limitait l'application des principes généraux du Code pénal (Livre Premier) lorsque celle-ci avait pour effet de réduire les peines pécuniaires établies pour assurer la perception des droits fiscaux. Ensuite, elle permet au juge de choisir parmi les peines entre l'emprisonnement et l'amende. Pour le surplus, cette dernière loi contient des dispositions de procédure pénale qui seront commentées dans la rubrique suivante.

- Le **recrutement de personnes** au profit d'une armée ou d'une troupe

(4) Cf P. DELATTE, Chronique de législation, Rev. dr. pén. Crim., 1982, pp. 525 à 533 ; J. SACE, Chronique de législation, Rev. dr. pén. et crim., 1987, pp. 770 à 774 ; R. SCREVENS, F. GORLE, H-D. BOSLY et Ph. QUARRE, Chronique semestrielle de jurisprudence, Rev. dr. pén. Crim., 1984, pp. 484 et 485 et A. DE NAUW : Het nieuw vervolgingsstelsel in fiscale zaken, Panopticon, 1986, pp. 519 à 528.

étrangère est puni pénalement en vertu d'une loi du 1er août 1979. Il en va de même des actes de nature à provoquer ou faciliter le recrutement si les faits ont été accomplis en Belgique.

III - PROCEDURE PENALE

Cette matière a subi au cours de la décennie d'importantes réformes qui tentent de répondre à la crise du système d'administration et de la justice pénale confronté à un nombre croissant d'infractions auxquelles il doit répondre de manière satisfaisante.

- Conscient de la surcharge des audiences pénales et de son corollaire l'arriéré judiciaire, le législateur a, par une loi du 28 juin 1984, étendu considérablement le champ d'application de l'extinction de l'action publique moyennant le paiement par le contrevenant d'une somme d'argent.

Cette procédure **transactionnelle** devient désormais possible non seulement pour toutes les contraventions mais aussi pour tous les délits dont la peine n'excède pas cinq ans d'emprisonnement ou cinq ans d'emprisonnement et/ou l'amende (art. 216 bis nouveau du C.I.Cr) (5).

Ainsi, lorsque l'infraction n'a pas causé un dommage à autrui, ou que ce dommage a été définitivement et entièrement indemnisé, le ministère public, peut proposer à l'auteur de cette infraction, le paiement d'une somme d'argent qu'il fixe dans les limites légales. Le ministère public ne dispose plus de cette faculté dès que le juge est saisi de la cause.

L'élargissement de cette procédure transactionnelle a été justifié afin de résorber l'arriéré judiciaire et de trouver une solution adéquate aux nombreux vols constatés dans les magasins.

- La procédure **transactionnelle simplifiée** appliquable en matière de **roulage** depuis 1971 a subi une réforme très importante à la suite de la loi du 29 févier 1984 et de l'arrêté royal du 10 juin 1985.

Désormais, il faut distinguer les contrevenants qui ont leur résidence en Belgique etceux qui ne l'ont pas. Pour ces derniers - qui selon le gouvernement échappaient dans la pratique à la répression -, le verbalisateur (policier ou gendarme) peut désormais leur proposer, en cas d'infraction au code de la route, le paiement immédiat et en espèces d'une somme d'argent. En cas de refus, le contrevenant sera tenu de consigner immédiatement une somme d'argent destinée à couvrir

(5) Cf F. CLOSE : La transaction en matière pénale : l'application de la loi du 28 juin 1984 en droit commun, Rev. dr. pén. crim. 1986, pp. 47 à 77.

l'amende et les frais de justice éventuels et, jusqu'à remise de cette somme, le véhicule sera retenu.

- Le souci de trouver une alternative à la répression pénale classique est à la base de quatre lois récentes qui instaurent des **amendes administratives**. Ce sont les lois du 22 avril 1982 en matière d'expertise et de commerce de poissons, des volailles, etc..., du 21 juin 1983 sur les médicaments, du 21 juin 1983 sur les aliments médicamenteux pour animaux et du 24 mars 1987 relative à la santé des animaux.

Le nouveau régime s'inspire de celui instauré par la loi du 30 juin 1971, relative aux amendes administratives en cas d'infraction à la législation sociale. Dans les quatre lois précitées, le procureur du Roi décide, compte tenu de la gravité de l'infraction, s'il y a lieu ou non d'intenter des poursuites générales et il est tenu de notifier sa décision dans le mois, à compter de la réception du procès-verbal constatant l'infraction, au fonctionnaire désigné par arrêté royal.

Si le procureur du Roi décide d'intenter des poursuites pénales, ces dernières excluent l'application d'une amende administrative. Par contre, si le procureur du Roi renonce aux poursuites, le fonctionnaire compétent décide, après avoir mis le contrevenant en mesure de présenter ses moyens de défense, s'il y a lieu d'infliger une amende administrative. La décision motivée fixe le montant de l'amende dans les limites légales. Le contrevenant est alors invité à payer cette amende dans un délai. S'il demeure en défaut de payer cette amende, le fonctionnaire en requiert l'application devant le tribunal civil qui connaît du taux et de la légalité de l'amende.

Ainsi, subsidiairement et alternativement à la répression pénale classique, est mise en oeuvre une répression administrative de certaines infractions pénales.

- La loi du 11 février 1986 sur la **police communale** complète désormais la loi communale. Sans provoquer de véritables bouleversements de la matière, la loi nouvelle coordonne et adapte une règlementation dispersée antérieurement dans plusieurs textes, certains datant même de l'époque de la Révolution française (6). La loi nouvelle autorise la police communale, en vue du maintien de l'ordre public et dans les cas prévus par la loi, à procéder à des mesures privatives de liberté n'excédant jamais vingt-quatre heures.

Le cadre territorial des missions de police judiciaire de la police communale demeure limité à la commune mais les conseils communaux peuvent conclure des accords de coopération et les policiers

(6) cf J. SACE, Chronique de législation pénale, Rev. dr. pén. crim., 1987, pp. 759 à 763.

peuvent continuer à poursuivre un délinquant sur le territoire d'une autre commune. La loi énumère les membres de la police communale disposant de la qualité d'officier de police judiciaire auxiliaire du procureur du Roi. Les articles 170 et 171 nouveaux de la loi communale réglementent l'utilisation des armes - en ce compris les armes à feu - par la police communale. Ces textes sont fort semblables aux dispositions contenues dans la loi sur la gendarmerie du 2 décembre 1957.

- Si le droit pénal **fiscal** matériel a connu durant cette décennie des changements appréciables (voy. supra), il en a été de même pour les dispositions de procédure pénale en matière fiscale. C'est ainsi que la loi du 8 août 1980 a confié l'exercice de l'action publique en matière d'impôts sur les revenus au ministère public et non plus à l'Administration des finances.

Par contre, faisant en quelque sorte marche-arrière, la loi du 4 août 1986 règlemente la dénonciation des infractions et l'exercice des poursuites pénales. C'est ainsi que les fonctionnaires de trois grandes administrations fiscales ne peuvent désormais plus dénoncer au procureur du Roi les infractions fiscales sans l'autorisation de leur directeur. Ensuite et sauf si la plainte ou la dénonciation émane d'un fonctionnaire fiscal dûment autorisé, le procureur du Roi ne peut plus engager des poursuites sans avoir recueilli l'avis préalable du directeur de l'administration fiscale concernée. Enfin, la loi interdit aux fonctionnaires fiscaux d'apporter leur assistance active aux magistrats instructeurs au cours de la phase préparatoire du procès pénal et crée des substituts du procureur du Roi spécialisés en matière fiscale dans les arrondissements judiciaires situés au siège d'une Cour d'appel, avec une compétence territoriale étendue à tout le ressort de la cour d'appel.
De facultative qu'elle était en vertu de la loi 10 février 1981, la question préjudicielle au jugement a été rendue obligatoire par la loi du 4 août 1986. Désormais, le juge répressif doit surseoir à statuer en attendant la décision de l'autre autorité judiciaire saisie de la contestation purement fiscale dont la solution paraît de nature à exercer une influence sur l'action publique.

Le mouvement de balancier des réformes s'explique ici parce qu'il a fallu tirer les leçons d'une première réforme et parce que la composition politique du gouvernement au pouvoir a changé.

- Les possibilités de **correctionnaliser les crimes** et dès lors d'éviter la Cour d'assises et son jury ont été accrues à deux reprises au cours de la décennie considérée. Rappelons que la loi du 4 octobre 1867 permettait déjà à la juridiction d'instruction (chambre du conseil ou chambre des mises en accusation) de renvoyer un inculpé - pour certains crimes seulement - par admission de circonstances atténuantes, devant le

ANNEXE

LISTE DES PARTICIPANTS AU COLLOQUE

Aeschlimann Jürg, Prof.
Obergericht des Kantons Bern
Hochschulstrasse 17
CH-3012 Bern

Beer-Brawand Max und Elsa
Manuelstrasse 64
CH-3006 Bern

Bein Dan, Dr.
Einstein St. 107
IL-Haifa, Israël

Bernasconi Paolo, lic.iur
Via Bossi 4
CH-6900 Lugano

Cascione Vicente, Prof.
Vice dean University Santos
42 Praça Mauá
BR-Santos - Brasil

Chiavario Mario, Prof.
Via Giocosa 22
I-10125 Torino

Corstens Geert J.M., Prof.
Nijmegen University
Thomas Von Aquinostraat 6
NL-6525 Nijmegen

Da Cunha Rodrigues
Procurador Geral da Republica
P-Lisboa

Declerq Raoul, Prof.
Tiensestenweg 275
B-3200 Kessel-10

Duek Marques O.H.
rua Rainha Guilhermina n°143 ap. 101
22441 Rio de Janeiro
BR-Brasil

Friedli Georg, Dr.
Bollwerk 15
CH-3011 Bern

Gauthier Jean, Prof.
Boulevard de Grany 3
CH-1006 Lausanne

George B.J., Prof.
New York Law School
57, Worth Street
New York, N.Y. 10013 USA

Grajewski Jerzy, Dr.
ul. 1 Maja 12, Wydzial Prawa
PL-81-824 Sopot

Grondin Rachel, Prof.
57, Copernicus
Ottawa, Ontario
CDN-Canada K1N 6N5

Hünerfeld Peter, Prof.
Max-Planck-Institut
für ausl. u int. strafrecht
Günterstalstr. 73
D-7800 Freiburg i. Br.

Jenny Guido, Prof.
Dekan der Juristischen Fakultät
Hochschulstrasse 4
CH-3012 Bern

Jescheck Hans-Heinrich, Prof.
Max-Planck-Institut
für ausl. u int. strafrecht
Günterstalstr. 73
D-7800 Freiburg i. Br.

Kemper Kurt
Bundesjustizministerium
Heinemannstrasse 6
D-5300 Bonn 2

Király Tibor
et Erdei Arpád
Faculté de droit
Université Eötvös Loránd
Egyetem tér 1 - 3
H-1364 Budapest

Koering-Joulin Renée, Prof.
Université de Strasbourg III
1, Place d'Athènes
F-87084 Strasbourg CEDEX

Kopp Elisabeth
Eidg. Justiz - und
Polizeidepartement
CH-3003 Bern

Krauskopf Lutz, Prof.
Bundesamt für Justiz
3003 Bern

Kunz Karl-Ludwig, Prof.
Niesenweg 6
CH-3012 Bern

Leigh Leonard H., Prof.
The London School of economic
and political science
Houghtonstreet
GB-London WC2A 2AE

Luther Horst, Prof.
Humboldt Universität
Unter den Linden 6
DDR-1086 Berlin

Malek-Ashgar Patrick
22, rue de la Coratterie
CH-1204 Genève

Mikhailov Alexandre
Prokuratura Soiusa SSR
2. Zvenigorodskaya 15
SU-Moscou D-22, U.R.S.S.

Müller Karl, Dr.
Hofrat Oberster Gerichtshof
Schmerlingplatz
Justizpalast
A-1010 Wien

Murzynowski Andrzej, Prof.
ul. Leszczynska 12 m. 8
PL-00-339 Warzsawa

Neyroud Philippe
22, rue de la Coratterie
CH-1204 Genève

Owoade M. Adekunle, Prof.
Faculty of Law University of Ife
WAN-Ile-Ife, Nigeria

Peter Markus, Dr.
Bundesanwaltschaft
CH-3003 Bern

Pipek Jirí, Prof.
právnická fakulta UK
nám. Curieovych 7
CS-116 40 Praha

Pisani Mario, Prof.
Università degli Studi
Viale Matteotti 70
I-27100 Pavia

Reuter Lothar, Prof.
Friedrich Schiller Universität
Universitätshochhaus
DDR-6900 Jena

Riklin Franz, Prof.
Chemin Albert Schweitzer 8
CH-1700 Fribourg

Roth Robert, Prof.
Faculté de droit
5, rue Saint-Ours
CH-1211 Genève 4

Savitski Valeri, Prof.
10, rue Frounze
SU-Moscou G-19, U.R.S.S.

Schmid Peter
Regierungsrat
Rathaus
CH-3000 Bern

Schürmann Frank, Prof.
Niesenweg 6
CH-3012 Bern

Spinellis Dionysios, Prof.
Myrsinis 1
GR-145 62 Kifissia

Steen-Sundberg Christina, Prof.
Uggleviksgatan 9
S-11247 Stockholm

Trechsel Stefan und Franca,
Prof./Avv.
Rabbentalstrasse 63
CH-3013 Bern

Viano Emilio, Prof.
The American University
School of Justice
4400 Massachusetts Avenue, N.W.
Washington D.C. USA

Viljanen Pekka, Ass. Prof.
University of Turku
Calonia
SF-20500 Turku

Viljanen Terhi, Mrs.
Inst. f. Crime prevention and
Control Heuni
PL 35
SF-00931 Helsinki

Vouyoucas Constantin Prof.
Ypourgou Phil. Dragoumi 6
GR-54635 Thessaloniki

Yenisey Feridun, Prof.
Hukuk fakültesi
Ceza Hukuku ve kriminoloji
enstitüsü
Beyacit
TR-Istanbul - Turquie

Zhara Buda Salvatore
Centro nazionale di prevenzione e
difesa sociale
Palazzo comunale delle scienze
sociali
piazza Castello 3
I-20121 Milano

Zine Mohamed
15, rue Charles de Gaulle
TN-1000 Tunis, Tunisie

Zipf heinz, Prof.
Weiserstrasse 22
A-5020 Salzburg

Revue Internationale de Droit Pénal

Bulletin d'abonnement

Nom .....

Prénoms .....

Adresse complète .....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

désire souscrire ..... abonnement(s) à la Revue Internationale de Droit Pénal pour l'année .....

— Prix de l'abonnement pour 1988 (deux numéros doubles) : 280 F (frais d'envoi compris).

— Règlement par chèque bancaire ou postal établi exclusivement au nom des Editions Erès S.A.R.L.

PRIÈRE DE RETOURNER CE BULLETIN

AUX ÉDITIONS ÉRÈS

19, rue Gustave-Courbet, 31400 Toulouse (France)

ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL

CONSEIL DE DIRECTION
COMITÉ EXÉCUTIF

PRÉSIDENT

M. H. JESCHECK (Hans-Heinrich), ancien recteur, doyen, professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg-en-Brisgau, ancien directeur du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Fribourg-en-Brisgau (République Fédérale d'Allemagne).

SECRÉTAIRE GÉNÉRAL

M. BASSIOUNI (M. Cherif), professor of law, DePaul University, College of Law, Chicago (USA).

SECRÉTAIRE GÉNÉRAL ADJOINT
TRÉSORIER

M. OTTENHOF (Reynald), professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, directeur du Centre de Sciences Criminelles, Pau (France).

SECRÉTAIRES GÉNÉRAUX ADJOINTS

M. HÜNERFELD (Peter), professeur agrégé, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Fribourg-en-Brisgau (République Fédérale d'Allemagne).

Mme KOERING-JOULIN (Renée), professeur à l'Université de Strasbourg, Strasbourg (France).

MM. SAVITSKI (Valeri), professeur et chef de la section de procédure pénale de l'Institut de l'Etat et du droit de l'Académie des Sciences, Moscou (URSS).

SOROUR (Ahmed Fathi), professeur de droit pénal, doyen de la Faculté de droit de l'Université du Caire, Ministre de l'Education Nationale (Egypte).

WIENER (Imre A.), senior scientific researcher, Academy of Sciences, Budapest (Hongrie).

ZAFFARONI (Eugenio Raul), professeur à l'Université de Buenos Aires (Argentine).

VICE-PRÉSIDENTS

MM. ANDREJEW (Igor), professeur de droit pénal à l'Université de Varsovie, Varsovie (Pologne).

BONI (Alphonse), ancien président de la Cour Suprême de la Côte d'Ivoire, Abidjan (Côte d'Ivoire).

DE CANT (Paul), avocat général à la Cour d'Appel de Bruxelles, Bruxelles (Belgique).

MUELLER (Gerhard O. W.), distinguished professor of criminal justice, School of Criminal Justice, Rutgers University; Former Director, U.N. Crime Prevention and Criminal Justice Branch, New Jersey (USA).

VASSALLI (Giuliano), professeur à l'Université de Rome, sénateur, Rome, Ministre de la Justice (Italie).

MEMBRES

MM. BALY (Slaheddine), ministre de la Justice, Tunis (Tunisie).

BARBERO SANTOS (Marino), professeur de droit pénal à l'Université de Madrid, Magistrat à la Cour Suprême (Espagne).

COHN (Haim), former chief justice, Israeli Supreme Court, Jerusalem (Israël).

DÄHN (Ulrich), pro-recteur de l'Académie de l'Etat et du Droit, Potsdam-Babelsberg (République Démocratique Allemande).

Mme DELMAS-MARTY (Mireille), professeur de droit pénal, Université de Paris, Paris (France).

MM DE SCHUTTER (Bart), pro-recteur, professeur de droit, ancien recteur et doyen, Université libre de Bruxelles, Bruxelles (Belgique).

ETCHEBERRY (Alfredo), professeur de droit pénal à l'Université nationale du Chili, Santiago (Chili).

FIGUEIREDO DIAS (Jorge), professeur de droit pénal à l'Université de Coimbra (Portugal).

GEORGE (B. James), professor of criminal law, New York Law School, New York (USA).
HIRANO (Ryuichi), professeur emeritus of criminal law, former president University of Tokyo, Tokyo (Japon).
HOSNI (Naguib), professeur de droit pénal et ancien doyen de la Faculté de Droit, Le Caire (Egypte).
HULSMAN (L. H. C.), professeur à l'Université de Rotterdam, Conseiller Juridique au Ministère de la Justice, Dordrecht (Pays-Bas).
KARPETZ (I. I.), professeur, directeur de l'Institut pour les recherches scientifiques sur le renforcement de la légalité, Moscou (URSS).
KIRALY (Tibor), professeur à l'Université Lorand Eötvös, Budapest (Hongrie).
KOBE (Peter), professeur de droit pénal à l'Université de Ljulijana (Yougoslavie).
KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI (L.), professeur de criminologie à l'Université d'Ottawa (Canada).
LAHTI (Raimo), professeur à l'Université d'Helsinki (Finlande).
MERLE (Roger), professeur à la Faculté de Droit de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, avocat à la Cour, Toulouse (France).
MIHAILA (Constantin), membre du conseil central de l'Association des Juristes de Roumanie, Bucarest (Roumanie).
MIKHAILOV (Alexandre I.), professeur et chef de section à l'Institut pour les recherches scientifiques sur le renforcement de la légalité, Moscou (URSS).
MÜLLER (Otto), procureur général d'Autriche, Vienne (Autriche).
PJESCAK (Jan), professeur à l'Université de Prague, Prague (Tchécoslovaquie).
PÖTZ (Paul Günter), directeur honoraire de département au Ministère fédéral de la Justice, Bonn (République Fédérale d'Allemagne).
RÖSTAD (Helge), Vice-Président, the Supreme Court of Norway, president of the IPPF, Oslo (Norvège).
SCHUTTE (Julian), legal advisor, Ministry of Justice, The Hague (Netherlands).
SJÖBERG (Magnus), attorney general of Sweden, Stockholm (Sweden).
STILE (Alfonso), professeur de droit pénal à l'Université de Naples, Naples (Italie).
SZABO (Denis), professeur et directeur du Centre International de Criminologie Comparée, président honoraire de la Société Internationale de Criminologie, Montréal (Canada).
TIEDEMANN (Klaus), professeur de droit pénal à l'Université de Fribourg-en-Brisgau (République Fédérale d'Allemagne).
TRECHSEL (Stefan), professeur de droit pénal à l'Université de Saint-Gallen, secrétaire de la Commission Européenne des Droits de l'Homme, Saint-Gallen (Suisse).
WASZCZYNSKI (Jan), professeur de droit pénal à Université de Lodz (Pologne).

MEMBRES HONORAIRES
PRÉSIDENTS

MM. BOUZAT (Pierre), professeur et doyen honoraire à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Rennes (France), président de l'Institut Supérieur International des Sciences Criminelles, Syracuse (Italie).

† GRAVEN (Jean), ancien recteur, doyen et professeur à l'Université de Genève, ancien président de la Cour de Cassation de Genève, Genève (Suisse).

VICE-PRÉSIDENTS

MM. ANCEL (Marc), membre de l'Institut de France, président de Chambre honoraire à la Cour de Cassation, président honoraire de la Société Internationale de Défense Sociale, président de l'Institut de Droit Comparé, Paris (France).

KLOTCHKOW (Valentin), ancien directeur de l'Institut pour les recherches scientifiques sur le renforcement de la légalité, Moscou (URSS).

MOSTAFA (Mahmoud), ancien professeur de droit pénal, ancien doyen de la Faculté de Droit de l'Université du Caire, Le Caire (Egypte).

MEMBRES

M. ANDENAES (Johannes), professeur de droit pénal, directeur de l'Institut de Droit Pénal et de Criminologie, ancien recteur de l'Université et ancien doyen de la Faculté de droit de l'Université d'Oslo, Oslo (Norvège).

Mme ANTTILA (Inkeri), former director, U.N. Helsinki Institute for Crime Prevention and Control, former professor of criminal law at the University of Helsinki, former Minister of Justice of Finland, Helsinki (Finland).

MM. BAFIA (Jerzy), ancien ministre de la Justice, professeur de droit pénal de l'Université de Varsovie, Varsovie (Pologne).

CLERC (François), ancien recteur, doyen et professeur, Universités de Neuchâtel et de Fribourg, Neuchâtel (Suisse).

DANDO (Shigemitsu), retired justice, the Supreme Court of Japan, professor emeritus and former dean of the faculty of law, the University of Tokyo, Tokyo (Japan).

KENNEY (William), former senior trial Attorney, Washington (USA).

KUNTER (Nurullah), ancien professeur de droit pénal à l'Université d'Istanbul, Istanbul (Turquie).

LEONE (Giovanni), ancien professeur à l'Université de Naples, ancien président de la République Italienne, Rome (Italie).

LIEBSCHER (Viktor), ancien procureur général à la Cour Suprême, professeur à l'Université de Vienne, Vienne (Autriche).

MASAVEU (Jaime), professeur honoraire à l'Université de Madrid, Madrid (Espagne).

NOVOA MONREAL (Eduardo), professeur (Chili), à présent à Buenos Aires (Argentine).

RADZINOWICZ (Sir Leon), retired Wolfson professor of criminology, Cambridge University, Cambridge (United-Kingdom).

SATO (Tosuke), ancien procureur général, Tokyo (Japon).

SCHULTZ (Hans), professeur de droit pénal à l'Université de Berne, rédacteur en chef de la Revue Pénale Suisse, Berne (Suisse).

SELLIN (Thorsten), professor emeritus, University of Pennsylvania, Gilmanton (USA).

† STRAHL (Ivar), professeur honoraire à l'Université d'Uppsala, Uppsala (Suède).

THEODORU (Grigore Gr.), professeur de droit pénal à l'Université de Jassy (Roumanie).

Finito di stampare
nel Settembre 1989
dalla
ZANGARASTAMPA - SIRACUSA

Directeur de la publication : Reynald OTTENHOF