

Strasbourg, 29 May 2000  
<cd\doc\2000\cdl-inf\7.bi>

CDL-INF (2000) 7

**Bi.**

**THE RIGHT TO A FAIR TRIAL/  
LE DROIT A UN PROCES EQUITABLE**

**CONTENTS TABLE/TABLE DES MATIERES**

	Page
Questionnaire (English) .....	3
Questionnaire (Français) .....	4
Practical case .....	6
Cas fictif .....	7
National contributions (in original language)	
Contributions nationales (en langue originale)	
Andorra/Andorre .....	8
Armenia/Arménie .....	14
Austria/Autriche .....	16
Azerbaijan/Azerbaïdjan .....	22
Bulgaria/Bulgarie .....	27
Croatia/Croatie .....	31
Cyprus/Chypre .....	33
Italy/Italie .....	36
Malta/Malte .....	41
Practical example – summary of the discussions .....	47
Cas pratique – résumé des débats .....	57

**QUESTIONNAIRE FOR THE UNIDEM SEMINAR OF BRNO**  
**ON THE "RIGHT TO A FAIR TRIAL"**  
**(23-25 September 1999)**

**I. DEFINITION AND LEGAL FORCE OF THE RIGHT TO A FAIR TRIAL**

1. Is the right to a fair trial enshrined in a legal instrument? The Constitution? A law? A regulation?

If so, since when?

On what occasion was it introduced?

2. If this right is not mentioned in the Constitution, is it nevertheless upheld by the courts?

The Constitutional Court? Civil courts? Criminal courts? Administrative courts?

Since when?

Is there any opposition to this right?

On what ground(s) have the courts upheld this right?

3. What is the legal force of the right to a fair trial?

Is the principle of the right to a fair trial a fundamental principle? Does it have force equal, superior or inferior to that of statutory legislation? Is it an ideal which needs defending?

4. Is the right to a fair trial an autonomous right or does it depend on other rights, such as the right to access to the courts, the right to independence and impartiality of the courts, the right to object to a particular judge, etc?

Are these rights inferred from the right to a fair trial and, if so, by whom? Or do they exist as such in a legal instrument and, if so, what kind of legal instrument?

**II. THE RIGHT TO A FAIR TRIAL IN PRACTICE**

1. Is the right to a fair trial frequently claimed before the constitutional, administrative, criminal or civil courts?

Is it a ground involving public policy, which the court may raise of its own motion during proceedings?

2. What is the scope of the right to a fair trial?

Does it apply to all cases or only to certain cases and, if the latter, which ones?

3. Does the right to a fair trial apply to all stages of the case (committal proceedings, trial)?

4. Does the right to a fair trial apply only to courts or does it also apply to any other authority which, although it is not an official court, carries out judicial functions?

**QUESTIONNAIRE POUR LE SEMINAIRE UNIDEM DE BRNO**

**« DROIT A UN PROCES EQUITABLE »**

**(du 23 au 25 septembre 1999)**

**I. DEFINITION ET VALEUR JURIDIQUE DU DROIT A UN PROCES EQUITABLE**

1. Le droit à un procès équitable est-il inscrit dans un texte ? la Constitution ? une loi ? un règlement ?

Si oui, depuis quand ?

À quelle occasion a-t-il été introduit ?

2. Si ce droit ne figure pas dans la Constitution, est-il cependant utilisé par le juge ?

Le juge constitutionnel ? Le juge civil ? Le juge pénal ? Le juge administratif ?

Depuis quand ?

Y-a-t-il des résistances ?

Sur quel(s) fondement(s), le juge s'est-il appuyé pour appliquer ce droit ?

3. Quelle est la valeur juridique du droit à un procès équitable ?

Le principe du droit à un procès équitable est-il un principe fondamental ? Un droit ou un principe législatif, supra-législatif, infra-législatif ? Un idéal à défendre ?

4. Le droit à un procès équitable est-il un droit autonome ou n'a-t-il un contenu que par la réalisation d'autres droits comme, par exemple, le droit à un tribunal, le droit à l'indépendance et l'impartialité des tribunaux, le droit de récuser des juges ... ?

Ces droits sont-ils déduits du droit à un procès équitable, et si oui déduits par qui, ou bien existent-ils en tant que tels dans un texte et si oui, un texte de quelle nature ?

**II. LES USAGES DU DROIT A UN PROCES EQUITABLE**

1. Le droit à un procès équitable est-il fréquemment invoqué devant le juge constitutionnel, administratif, pénal, civil ?

Est-ce qu'il est un moyen d'ordre public interne qui peut être soulevé d'office par le juge au cours d'un procès ?

2. Quels sont les domaines d'application du droit à un procès équitable ?

Toutes les matières sont-elles concernées ou seulement quelques-unes et, dans ce cas, lesquelles ?

3. Le droit à un procès équitable intéresse-t-il toutes les phases du procès (phase d'instruction, phase de jugement)

4. Le droit à un procès équitable s'applique-t-il seulement aux tribunaux ou à toutes les autorités qui, sans être formellement des tribunaux, exercent une fonction juridictionnelle ?

**PRACTICAL EXAMPLE**

1. Mr X, a non-national, disputes a court decision before the Constitutional Court of your country on the grounds that he did not receive a fair trial before an impartial and independent court.
2. He pleads the following facts in support of his application:
  - with regard to the composition of the court, he points out that a foreign judge was on the bench and that some judges were not professional judges;
  - with regard to the language in which the trial was conducted, he claims that he was not allowed to express himself in his mother tongue;
  - with regard to the status of the judges, he says that the judges were not independent because they had been appointed by the government and because their salaries were also fixed by the government;
  - with regard to individual impartiality, he claims that one of the judges made racist remarks in private;
  - he points out that the lawyer was the husband of one of the judges;
  - he also points out that he only received the summons to appear in court 48 hours before the hearing;
  - finally, he complains that before deliberations, and in conformity with settled practice of the court in question, the public prosecutor produced a final report which he did not have access to.
3. The case file suggests that the above facts are accurate; the Constitutional Court must rule whether the trial was held with due respect to the right to access to an independent and impartial court.
4. N. B.: the reference for dealing with this case is not in principle the European Convention on Human Rights but the national Constitution of each State.

### EXPOSE DU CAS PRATIQUE

1. Monsieur X, étranger, conteste une décision de justice devant la Cour constitutionnelle de votre pays au motif qu'il n'a pas eu droit à un procès équitable devant un tribunal impartial et indépendant.
2. À l'appui de sa requête, il invoque les faits suivants :
  - concernant la composition du tribunal qui a rejeté sa demande, il souligne qu'un juge étranger y siège et que certains juges ne sont pas des juges professionnels;
  - concernant la langue du procès, il prétend qu'il ne peut pas s'exprimer dans sa langue maternelle;
  - concernant l'impartialité individuelle, il soutient que les juges ne sont pas indépendants car ils sont nommés par le pouvoir exécutif et que leur traitement est également déterminé par ce dernier;
  - concernant l'impartialité individuelle, il affirme qu'un des juges a tenu, en privé, des propos xénophobes;
  - il fait remarquer que l'avocat de la partie adverse est le mari d'une des juges ;
  - il fait également remarquer que la convocation au tribunal ne lui est parvenue que 48 heures avant l'audience;
  - enfin, il se plaint qu'avant la mise en délibéré, et conformément à une pratique constante du tribunal en question, le ministère public a produit un rapport final auquel il n'avait pas accès.
3. Le dossier faisant apparaître l'exactitude matérielle des faits, la Cour constitutionnelle doit se prononcer sur le point de savoir si le procès s'est déroulé dans le respect du droit à un procès équitable par un tribunal indépendant et impartial.
4. N.B.: la référence pour traiter ce cas pratique n'est en principe pas la Convention européenne des droits de l'homme mais la Constitution nationale de chaque Etat.

**ANDORRE**

**I. Définition et valeur juridique du droit à un procès équitable**

1. Le Principauté d'Andorre en tant qu'État de droit est très jeune. Le peuple andorran a eu le désir d'établir la justice, la liberté, la démocratie et la défense des droits de l'homme ; la configuration de la Principauté d'Andorre comme un Etat de droit, indépendant, démocratique et social s'est concrétisée par l'adoption d'une Constitution qui a été soumise au référendum populaire le 14 mars 1993, et qui est entrée en vigueur en mai 1993. Elle s'est ainsi dotée de tous les mécanismes susceptibles de garantir la sécurité juridique dans l'exercice des droits fondamentaux de la personne moyennant une véritable réglementation. La liberté, l'égalité, les principes de légalité, de sécurité juridique et de responsabilité des pouvoirs publics, de hiérarchie et de publicité des normes juridiques, de non-rétroactivité des dispositions restrictives des droits individuels, la reconnaissance des droits inviolables de la personne, l'adoption du principe démocratique de la séparation des pouvoirs, en rendant le pouvoir judiciaire indépendant et soumis à la loi sont devenus des valeurs supérieures du système juridique. La Constitution dans son chapitre concernant les droits fondamentaux de la personne et des libertés publiques a inséré le droit à un procès équitable, à son article 10 qui dispose : "Toute personne a droit au recours devant la juridiction, à obtenir de celle-ci une décision fondée en droit, ainsi qu'à un procès équitable, devant un tribunal impartial créé préalablement par la loi".

2. Pas de réponse possible.

3. Ce droit est défini dans le Titre second de la Constitution ("Des droits et des libertés") et concrètement dans le chapitre III relatif aux droits fondamentaux de la personne et des libertés publiques. Cette place renforce le caractère fondamental de ce droit. La constitutionnalisation du droit à un procès équitable lui octroie une valeur de règle supérieure de l'ordonnement juridique. Il s'agit d'un droit fondamental d'application immédiate, puisque la Constitution qui est la source des sources du droit, a une position de suprématie dans l'ordonnement juridique en s'imposant aux citoyens et aux pouvoirs publics (article 3 de la Constitution). De plus, le droit à un procès équitable est un droit fondamental à caractère procédural puisqu'il peut être défini comme étant le droit des citoyens de saisir un juge impartial afin de faire valoir ses prétentions à travers un procès juste et avec les garanties suffisantes. Les tribunaux sont directement et immédiatement soumis aux droits procéduraux introduits à l'article 10 de la Constitution. La violation de ce droit par la juridiction ordinaire permet aux citoyens de saisir le juge constitutionnel afin de protéger les droits fondamentaux lésés.

4. Le droit à un procès équitable, considéré par la Constitution comme un droit fondamental, constitue le droit qui garantit au citoyen que son affaire soit entendue par un tribunal impartial et à travers un procès équitable. L'article contenant ce droit exprime une série de principes et de garanties précises tels que : le droit à un tribunal, le droit à obtenir de celui-ci une décision fondée en droit, le droit à un tribunal impartial créé préalablement par la loi, le droit à la défense et à l'assistance d'un avocat, le droit à un procès d'une durée raisonnable, à la présomption d'innocence, à être informé de l'accusation, à ne pas être contraint de se déclarer coupable, à ne pas faire de déclaration contre soi-même et à l'exercice d'un recours. Ces garanties cumulées doivent se retrouver dans le déroulement de tout procès pour pouvoir affirmer sa conformité avec le modèle de procédure constitutionnelle.



## **II. Les usages du droit à un procès équitable.**

1. La Constitution garantit la protection des droits fondamentaux. Les droits fondamentaux en général sont protégés directement par les tribunaux ordinaires, moyennant une procédure exceptionnelle en deux instances (article 41.1 de la Constitution) : les justiciables doivent saisir la juridiction ordinaire par la voie du recours urgent et préférentiel lorsqu'ils considèrent qu'il s'est produit une violation d'un droit général fondamental protégé par la Constitution. Contre ces décisions définitives, ils seront protégés par le Tribunal Constitutionnel qui agit comme une troisième instance extraordinaire à caractère constitutionnel.

Mais, pour la défense des droits spécifiques fondamentaux définis à l'article 10 de la Constitution, tel que le droit au juge, le titulaire du droit violé a la possibilité de saisir directement le Tribunal Constitutionnel, d'un recours en protection constitutionnelle qui n'est ouvert aux citoyens que lorsque toutes les voies judiciaires ont été épuisées et que la violation du droit ou liberté est imputable, de façon immédiate et directe à l'organe judiciaire.

Le Tribunal Constitutionnel andorran est une institution de création récente, il n'existe que depuis décembre 1993. Il connaît les recours en protection constitutionnelle parmi d'autres compétences juridictionnelles, mais la loi qualifiée du tribunal à laquelle il est soumis, prévoyait que les recours en protection constitutionnelle pour la défense du droit à un procès équitable ne pouvaient pas être formés directement par les intéressés mais que c'était au Ministère public de décider du bien fondé de ces demandes, puisque c'était lui qui les recevait. Ainsi le Ministère fiscal avait le rôle de filtre des recours en protection qui pouvaient se former devant le Tribunal constitutionnel. De ce fait, parmi les nombreuses demandes reçues par le Ministère public, la plupart ont été déboutées et ne sont pas arrivées devant le Tribunal. D'où la pauvre jurisprudence dans ce domaine du Tribunal Constitutionnel.

Or depuis le mois avril de cette année, le législateur a modifié la loi qualifiée du Tribunal Constitutionnel et a décidé d'éliminer ce filtre. Par conséquent, les citoyens ont désormais la possibilité de saisir directement le Tribunal Constitutionnel lorsqu'ils considèrent qu'un des droits fondamentaux prévus aux Chapitres III et IV du Titre II de la Constitution a été violé. A ce jour nombreux ont été les recours présentés devant le Tribunal Constitutionnel; dont la majorité concernaient la protection du droit à la juridiction et le droit à un procès équitable. La grande majorité des recours formés ont été déclarés irrecevables. Il faut dire que dans la plupart des cas, les parties invoquent la violation de ce droit à tort, et ils ne prétendent utiliser la juridiction constitutionnelle que comme une troisième instance, espérant obtenir satisfaction de leurs prétentions formées au cours de l'instance ordinaire.

Les droits et libertés reconnus aux chapitres III et IV du Titre II de la Constitution engagent immédiatement tous les juges et tribunaux à titre de droit directement applicable. Le double degré de juridiction permet aux juges au cours du procès ordinaire, de réviser les atteintes possibles au droit à un procès équitable. Le recours en protection des droits fondamentaux ne pourra être formé que dans le cas d'un deuxième verdict de déboutement, et par conséquent à ce niveau le sujet du droit a déjà bénéficié d'une double garantie devant la juridiction ordinaire. Et même en cas de sentence définitive prononcée par les tribunaux ordinaires, l'article 18 bis de la Loi transitoire de procédures judiciaires prévoit :

*"1. Contre les jugements et omissions qui, lors d'un litige quelconque, violent le droit fondamental à la juridiction prévu dans l'article 10 de la Constitution, la personne directement concernée peut utiliser tous les recours et voies juridictionnelles qui correspondent ordinairement.*

2. *Sans préjudice de ce qui est prévu dans le paragraphe antérieur, le juge ou le tribunal, avant de rendre une sentence ou une décision qui met fin au procès, peut déclarer, d'office ou à la demande de la partie intéressée, et après une audience préalable des parties au procès, la nullité des actions de la procédure qui ont violé le droit fondamental à la juridiction et la remise de la procédure au moment où cette violation s'est produite. Les délais sont ceux qui sont prévus dans le prochain paragraphe de cet article.*

3. *Dans les cas de sentences ou jugements définitifs où au cours des procédures, il s'est produit une violation du droit fondamental à la juridiction, la personne lésée par la violation peut demander au juge ou au tribunal qui l'a rendu, son annulation, chaque fois que cette violation n'a pas pu être dénoncée antérieurement, dans le délai de quinze jours naturels depuis la notification, ou depuis la connaissance de la violation du droit, chaque fois que ne s'est pas écoulé plus d'un an depuis le jour de la notification du jugement aux parties lorsque le titulaire du droit prétendument violé n'a pas été partie au procès ordinaire".*

2. Quels sont les domaines d'application du droit à un procès équitable ? Toutes les matières sont-elles concernées ou seulement quelques-unes et, dans ces cas, lesquelles ?

Les domaines d'application du droit à un procès équitable sont toutes les matières susceptibles d'un procès : administratif, pénal, civil, droit du travail, de la sécurité sociale, etc... Chaque fois qu'au cours d'un procès le justiciable considère que ses droits fondamentaux à un procès équitable ont été violés.

3. Le droit à un procès équitable intéresse-t-il toutes les phases du procès (phase d'instruction, phase de jugement) ?

Toutes les phases du procès sont concernées par le procès équitable.

4. Le droit à un procès équitable s'applique-t-il seulement aux tribunaux ou à toutes les autorités qui, sans être formellement des tribunaux, exercent une fonction juridictionnelle ?

L'article 1 de la loi qualifiée de la justice dispose que "la fonction juridictionnelle est unique et exercée en toute indépendance par les tribunaux (juges) et les tribunaux définis dans cette loi, sous couvert d'autorités juridictionnelles reconnues par la Constitution à d'autres organes. Sont interdits: les tribunaux spéciaux et d'exceptions ainsi que les tribunaux à caractère coutumier ou du domaine corporatif ou professionnel."

Par conséquent, ne peuvent exercer la fonction juridictionnelle que les juges et tribunaux de la juridiction ordinaire ainsi que le Tribunal Constitutionnel.

La loi qualifiée de la justice prévoit que les droits et libertés reconnues aux chapitres III et IV du Titre II de la Constitution obligent immédiatement tous les juges et tribunaux à titre de droit directement applicable. Son contenu, qui ne peut pas être limité par la loi, est protégé par les tribunaux au sein du procès urgent et préférentiel qui se déroulera en deux instances. La protection des droits fondamentaux est celle d'accéder aux tribunaux par la voie d'un procès entouré de garanties déterminées, mais que ces garanties soient passibles de protection constitutionnelle spécifique, grâce au recours en protection constitutionnelle devant le Tribunal Constitutionnel. Le droit à un procès équitable s'exerce en tant que droit subjectif par l'action de

la partie au procès et implique l'attitude des juges à ne pas entraver l'activité procédurale de la partie au litige.

### **CAS PRATIQUE**

Le Tribunal Constitutionnel se prononce sur le point de savoir si le procès s'est déroulé dans le respect du droit à un procès équitable par un tribunal indépendant et impartial.

1. Concernant la composition du tribunal :

Dans cette affaire, il apparaît que l'un des juges est étranger et que certains juges ne sont pas des juges professionnels.

La loi qualifiée de la justice (article 31) exige que la décision soit rendue par des juges et des magistrats de nationalité andorrane. Néanmoins, la seconde disposition transitoire seconde de la Constitution prévoit que la loi autorisera, dans un esprit d'équilibre et à défaut d'autre possibilité de recrutement, la nomination de juges et de procureurs généraux originaires des deux États voisins. Tout comme la Constitution, cette loi oblige à fixer le régime transitoire habilitant les juges qui n'ont pas les titres académiques requis lors de la promulgation de la Constitution à continuer d'exercer leurs fonctions. Ainsi, puisque les tribunaux andorrans ne disposent pas suffisamment de personnel qualifié andorran pour couvrir les postes de magistrats, il est possible de recruter des juristes espagnols ou français, et par conséquent, il est tout à fait possible que l'un des juges siégeant soit étranger. Mais s'ils sont étrangers, il ne peut s'agir que de juristes de renommée, parce que le recrutement des juges et magistrats se fait par un concours public entre des personnes diplômées en droit et qui possèdent des aptitudes techniques et des mérites suffisants pour l'exercice de la fonction juridictionnelle. Les juges et magistrats sont nommés pour un mandat renouvelable de six ans par le Conseil Supérieur de la justice et à partir de la nomination ils entrent dans la carrière judiciaire, et donc ils doivent tous être des juges professionnels.

Ainsi, le fait qu'un juge soit étranger ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable, par contre il y a atteinte si le juge n'est pas professionnel.

2. Concernant la langue du procès.

En Andorre la langue officielle est le catalan, bien que la réalité sociale soit plurilingue. Le procès doit se dérouler en cette langue, néanmoins compte tenu de la situation géographique de l'Andorre et du grand nombre d'étrangers y résidant, ou faisant du tourisme, et pour assurer le droit à un procès équitable, les justiciables peuvent s'exprimer en leur langue maternelle ou avoir l'assistance gratuite d'un interprète. Les articles 24, 61 et 99 de la loi qualifiée de modification du code de procédure pénale prévoient que toute personne a le droit d'être assistée gratuitement d'un interprète lorsqu'il s'agit d'un étranger qui ne comprend pas ou ne parle pas la langue nationale ou l'une des langues des États voisins. Si ce principe n'est pas respecté, il y aura violation du droit fondamental à un procès équitable.

3. Concernant le statut du juge.

Art. 67 de la loi qualifiée de la justice : "Pendant la durée de leur mandat, les juges et magistrats ne pourront être ni admonestés, ni suspendus dans leurs fonctions, ni démis de leur charge... "

Le recrutement des juges se fait par la procédure de présentation d'une candidature à un concours public, et ils ne peuvent être nommés que par le Conseil Supérieur de la Justice, institution créée par la Constitution pour garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire. Les juges ne peuvent donc pas être nommés par le Gouvernement. Le recrutement est anonyme et fondé sur le seul mérite des candidats. Dans l'exercice de leurs fonctions, les juges ne reçoivent pas d'instructions. Il y a aussi l'existence d'une protection contre les pressions extérieures.

Cette indépendance est garantie par le principe de l'inamovibilité. Le magistrat ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle même un avancement. L'expression indépendant signifie qu'il est indépendant de l'exécutif comme des parties en cause.

Les rémunérations des juges et des magistrats sont à la charge du budget de l'Etat et ils ne peuvent percevoir indirectement, même sur le budget de l'Etat, des honoraires ou des taxes judiciaires à leur profit.

4. Concernant l'impartialité du juge.

Le juge doit être protégé contre toutes les pressions qu'il pourrait subir, pour cela il peut utiliser l'abstention et la partie peut demander sa récusation. L'impartialité signifie que le juge doit avoir une absence de préjugé ou de parti pris. Ceci s'apprécie sous diverses manières: soit par la démarche subjective, en essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en de telle circonstance, soit par la démarche objective, en relation avec l'objet du procès, et en amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute de légitimité. L'impartialité personnelle subjective d'un juge se présume jusqu'à preuve du contraire. Or il apparaît dans cette affaire que le juge a tenu des propos xénophobes en privé, ce qui prouve sa partialité subjective.

5. Concernant l'avocat.

Les juges et magistrats doivent s'abstenir, et dans le cas où ils ne le feraient pas, ils pourront être récusés dans les hypothèses suivantes : mariage ou situation de fait équivalente, ou parent jusqu'au quatrième degré avec quelconque des parties, de leur avocat ou du représentant du Ministère public. Ainsi dans cette affaire, le juge aurait dû s'abstenir de juger cette cause. Le droit au procès équitable est violé.

6. Concernant la convocation.

L'article 190 de la loi qualifiée de modification du code de procédure pénale prévoit que les convocations doivent être notifiées dans un délai de 15 jours à partir de la date de leur rédaction ou avant si le juge le considère opportun. Si la convocation n'est pas faite dans les délais et dans les formes, le ministère public pourra envisager une action en dédommagement, comme le prévoit le code administratif.

7. Concernant l'accès au rapport du ministère public.

Le législateur a institué au cours de toutes les phases du procès, une série de mesures destinées à assurer le respect des droits de la défense. Nul ne peut être condamné ou sanctionné pour une action ou omission qu'après avoir été en mesure de faire valoir librement ses moyens de défense contre les accusations portées à son encontre. Il s'agit là d'une des conséquences du caractère contradictoire de la procédure de jugement. Le principe du contradictoire est un des principes essentiels de la procédure, c'est un droit naturel. Sa garantie tient dans la publicité et le caractère

oral des débats. Chaque partie doit faire connaître à l'autre sa demande et ses prétentions, et le juge doit également respecter ce principe. Par conséquent, les parties au procès doivent avoir accès à toutes les pièces du dossier. Si ce principe n'est pas respecté le procès doit être annulé.

**Conclusion :** Considérant que Monsieur X, n'a pas été jugé par un tribunal impartial et indépendant prévu par la loi, que les principes procéduraux du contradictoire, de l'égalité des armes, du droit à la défense n'ont pas été respectés, on peut dire que le droit à un procès équitable a été violé. Par conséquent, le Tribunal Constitutionnel doit annuler le procès : s'il s'agit d'un procès pénal, il faut aussi annuler la sanction imposée ; s'il s'agit d'une autre matière, il faut renvoyer l'affaire devant le juge ordinaire correspondant pour qu'elle soit à nouveau jugée en respectant toutes les garanties, sans préjudice de la responsabilité encourue par l'Etat.

**ARMENIA**

Before pronouncing an opinion about the discussed problem I would like to raise an issue which I think is very important and even could be an issue of separate research. What is a "fair trial"? Is it a guarantee of equality of the sides, a deep and comprehensive research of all conditions. Can it be defined?

Armenia being guided by democratic traditions and starting from the basis of the international agreements and conventions, has fixed the right to a fair trial as a judicial principle in Article 39 of the Constitution of the Republic of Armenia. According to that Article: "Everyone is entitled to restore any rights which may have been violated, as well as to a public hearing by an independent and impartial court, under the equal protection of the law and fulfilling all the demands of justice, to clear himself or herself of any accusations. " As an exception to that principle, the Constitution states that: "The presence of the news media and representatives of the public at a judicial hearing may be prohibited by law wholly or in part, for the purpose of safeguarding public morality, the social order, national security, the safety of the parties, and the interest of justice."

As a Constitutional principle, this principle has the highest judicial power and cannot be restricted by any law or legal act.

In Armenia, while the principle of fair trial has been placed above a mere idea and has become a functioning institution based on legal guarantees, constitutional fairness in general and the guarantee of a fair trial in court hearings on constitutional matters in particular, still need through study.

The object, aim and problems of constitutional justice differ significantly from the objects, aim and problems of criminal and civil justice.

In the criminal court our task is to guarantee the protection of an individual, the public and the state from crimes. The protection of an individual and the state from authoritative actions and abuse of the ruling powers, which are a result of a real or supposed criminal act, in order to determine whether an individual has committed an action which is prohibited by the Criminal Code. No innocent individual may be convicted of a crime, no individual becomes subject of an illegitimate or unnecessary court ruling, penalty, or other restriction of rights and freedoms or any other such issues. Meanwhile, the objects of constitutional justice may be laws and others legal acts of a similar nature, acts of local authorities, the issue of determining the consistence of international agreements with the Constitution, intrastate agreements of Federations and Confederations, conformity on the Constitution and other legal acts, regulation of disputes between state institutions, judiciary acts, acts and activity of NGOs, protection of individual constitutional rights and freedoms, constitutional activity or absence thereof of state officials, the monitoring of elections and referenda and the approval of their results, and other such issues.

The above list demonstrates how different are the issues and aims of criminal justice are from the constitutional one.

However, despite the differences, there is certain similarity between the two. The similarity is first of all the fairness which the basis of both procedures.

It is true, that the fairness is materialised and implemented in different ways for the criminal cases and constitutional issues, but the norms, principles, and institutional means which are the basis of the activities of the institutions of constitutional justice are very similar to the legal and organisational means of general courts.

As an example of such similarity we can cite the fact that:

- in both cases a fair trial is exercised on the basis of the complex legal norms based on democratic principles of fairness which correspond to ideas of fairness within the given public and state, which in its turn is the court.

- in both cases the trial ends with adoption of decisions which eventually are directed towards the protection or restoration of social, political and individual rights and freedoms of a person and citizen through the exercise of justice, guaranteeing the natural and balanced activities of government and non-governmental organisations.

- they also have common principles of organisation and activities, such as the independence of courts, the constitutional and legal regulations for formation of the judiciary, and the appointment and special order for administrative penalty and firing of judges

- like the judges of general courts, the members of the Constitutional Court are independent during the exercise of justice and are accountable only before law. The judge is not accountable to any state institution or official. The basis and regulations for the responsibility of judges are defined by law.

Any intrusion into the activities of a judge while he is exercising justice are unacceptable, and bring about responsibility as defined by law.

Neither the judges of the general courts nor those of constitutional court shall present explanations on the cases they are working on or nature of any material or submit them in any way other than determined by the law.

I would like to point out the basic feature which distinguish the constitutional court from any other.

While the criminal investigation is something the need for which is recognised and sometimes even demanded by the public, being an instinctive sense of self-protection, and is defined in such postulates such as the inevitability of penalty, the consistence of the crime and the penalty, etc., in the case of constitutional monitoring, the main targets are creation of mechanisms of sustaining, balance and counterbalances between the different institutions of power. While the possible impartiality of the judges, the so called personal factor, is a significant factor in the criminal court, in the case of Constitutional justice the authority of the judges and its limits are defined more strictly. More precisely, the aim of constitutional justice is more the determination of contradictions which exist in the exercise of public relations than the assessment and resolution of those.

I think that the right of constitutional court for fair trial cannot be viewed as a sovereign right. It is closely linked to other spheres within the activity of the court, such as the right to appeal, principles of independence of the courts, competition in the court investigation, collegiality, and transparency.

**AUTRICHE**

**I. DEFINITION ET VALEUR JURIDIQUE DU DROIT A UN PROCES EQUITABLE**

1. Le droit au procès équitable est, en Autriche, réglé à l'article 6 CEDH, qui a le rang de loi constitutionnelle depuis son entrée en vigueur en 1958. Cette garantie est valable pour toutes les procédures de caractère civil ou pénal.

Partiellement congruente, la Loi Constitutionnelle Fédérale autrichienne règle dans son article 83 alinéa 2 que "Nul ne doit être soustrait à son juge légal." Cette garantie comprend, en contradiction avec l'article 6 CEDH, le pouvoir exécutif entier, la justice et l'administration. Cependant son contenu va un peu moins loin que celui de l'article 6 CEDH. Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, il garantit à chaque individu le droit subjectif à une décision de l'autorité légalement compétente; ainsi il contient la garantie de l'observation des compétences légales. Ce droit est violé par le législateur, s'il ne détermine pas exactement les compétences des tribunaux ou des autorités administratives. Il est lésé par une décision d'une autorité, qui n'a aucune base dans la loi, non-compétente, si la composition personnelle du tribunal ou de l'autorité n'est pas conforme à la loi ou si l'autorité a nié illégalement la position de partie d'une personne.

Cette garantie est en vigueur depuis la constitution de 1867. A l'origine, ce droit avait une fonction de réaction contre la "justice de cabinet" (l'usage des souverains et des ministères d'attirer les décisions relèvent de la compétence de la justice). Cette garantie était donc étroitement liée à la notion de la séparation des pouvoirs, l'administration et la justice, et le développement d'une justice indépendante.

2. Comme les droits mentionnés ont leur source dans la Constitution, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, de la Cour administrative, de la Cour suprême et des autres tribunaux ont seulement précisé ces garanties.

3. C'est un droit garanti par la Constitution. Si quelqu'un prétend avoir été lésé par la violation de ce droit (ou par l'application d'une loi inconstitutionnelle pour cette cause), il peut introduire un recours à la Cour constitutionnelle après épuisement des voies de recours ordinaires.

Le droit au procès équitable est reconnu comme un principe fondamental de la Constitution autrichienne. Avec le rang de loi constitutionnelle, il est même supérieur aux lois ordinaires. Ainsi par exemple, la Cour européenne des Droits de l'Homme a estimé qu'il n'est pas conforme au droit à un procès équitable, si le Code de procédure pénale laisse au procureur de la République le soin de faire des observations sur l'accusation insérée dans le texte d'une décision sans possibilité pour un prévenu de les examiner et les combattre directement (Brandstetter, GH 211, EuGRZ 1992, 190). Une disposition, prévoyant cela, est inconstitutionnelle et peut être annulée par la Cour constitutionnelle. Ainsi, le droit au procès équitable peut être violé par le pouvoir exécutif, si les lois nationales ne règlent pas exactement une certaine question du procès.

4. Comme le droit en question est garanti par l'article 6 CEDH, c'est un droit autonome, indépendant des autres droits. Cependant, selon son alinéa 1, ce droit ne se rapporte qu'au procès civil et pénal et non à la procédure administrative.



Quant à la procédure administrative, comme nous l'avons déjà mentionné, l'article 83 alinéa 2 de la Loi Constitutionnelle Fédérale prévoit des garanties n'allant pas aussi loin que celles de l'art 6 CEDH. La Cour constitutionnelle, compétente à statuer sur les recours contre les décisions des autorités administratives, a précisé ces garanties dans sa jurisprudence. Premièrement il faut souligner que dans la procédure administrative il n'existe aucun droit à une décision d'une autorité indépendante et impartiale et, en principe, aucun droit d'accès à une autorité d'Etat quelconque. Seulement dans le cas où la loi prévoit la décision d'une autorité administrative pour une matière, l'article 83 alinéa 2 garantie: (1.) que la décision soit prise par l'autorité légalement compétente, et (2.) qu'aucun organe qui est exclu ne participe à la décision. Par contre, ce droit n'est pas violé si la décision est prise par un organe compétent (par exemple, à cause d'une affinité avec une des parties ou de préjugés relatifs à la cause).

Il faut en outre ajouter que, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, le principe de l'égalité (article 7 Loi Constitutionnelle Fédérale) comprend une protection générale contre tout procès arbitraire. Selon la jurisprudence, un procès est qualifié d'"arbitraire" si l'autorité a commis des fautes graves au cours du procès; par exemple, si elle a négligé de faire des recherches suffisantes sur une question essentielle, si les preuves sont prises de manière partielle ou bien si l'autorité n'a pas du tout entendu une partie du procès à une question essentielle pour la décision.

## **II. LES USAGES DU DROIT A UN PROCES EQUITABLE**

1. Le droit au procès équitable de l'art 6 CEDH, bien qu'il ait le rang d'une loi constitutionnelle en Autriche, n'est pas invoqué très souvent devant la Cour constitutionnelle. Cela résulte du fait qu'il ne se rapporte qu'aux procès de caractère civil ou pénal et la Cour constitutionnelle n'a pas la compétence de statuer sur les recours contre les décisions des tribunaux.

Cependant, la Cour constitutionnelle statue sur les recours contre les décisions des Chambres administratives indépendantes (UVS). Celles-ci statuent dans les procès concernant les contraventions administratives (ou disciplinaires), qui sont des procédures "pénales" dans le sens de l'art 6 CEDH. Comme les UVS sont obligées d'observer les garanties du procès équitable, chacun peut se plaindre à la Cour constitutionnelle en prétendant avoir été victime d'une violation de l'art 6 CEDH. Cependant il n'arrive pas trop souvent que les plaignants devant la Cour se réclament d'une lésion des garanties du procès équitable. (En 1997 il y a eu 7 requérants.)

Devant la Cour administrative, il n'est pas permis de se réclamer d'une lésion de droits, qui sont garantis par la Constitution. Ainsi cette Cour en principe ne statue pas sur des plaintes soulevées en vertu de l'article 6 CEDH. (En 1997, 5 requérants se sont quand même plaints pour cette cause.)

Devant la Cour suprême, qui traite aussi bien les affaires pénales comme toutes les affaires civiles et dont les décisions ne sont pas contestables devant la Cour constitutionnelle, le droit au procès équitable joue un grand rôle. Souvent les requérants prétendent avoir été victimes d'une violation de leurs droits résultant de l'article 6 CEDH et le principe du procès équitable. (En 1997 16 en affaires civiles, 14 en affaires pénales.)

Selon la jurisprudence, la Cour constitutionnelle et les autres tribunaux peuvent, de leur propre chef, statuer sur l'inconstitutionnalité d'un procès en vertu de l'article 6 CEDH. Cela n'arrive quand même pas souvent. Ce sont plutôt les requérants qui, doutant de la légalité et de l'impartialité de leur procès, essaient d'étayer leur recours avec la référence à l'article 6 CEDH.

2. Le principe du procès équitable, selon l'article 6 CEDH, est applicable à tous les droits et obligations de caractère civil et à toute accusation en matière pénale. Ici, en matière pénale, ce droit joue le plus grand rôle en Autriche.

Quant au contenu et à la portée de ce droit, la Cour constitutionnelle, la Cour administrative et les autres tribunaux suivent très exactement la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme à ce sujet.

Généralement cela demande, selon la Cour constitutionnelle, que les parties d'un procès peuvent mettre en valeur leurs droits de façon effective (VfSlg 10.291/1984). Un accusé ne doit pas être forcé de livrer des preuves contre lui-même (VfSlg 12.454/1990); tous les faits essentiels et toutes les preuves doivent être révélés; les parties doivent être entendues à tous ces faits et preuves; les prises de position des parties doivent être examinées avec soin; les décisions doivent être bien motivées; les principes de "l'égalité des chances" (ou "égalité des armes") et du "procès contradictoire" sont aussi des éléments d'un procès équitable.

3. Le droit au procès équitable selon l'article 6 CEDH (ainsi selon l'art. 83 al. 2 Loi Const. Fédérale) s'applique à toutes les voies de recours. Cependant, la question d'une violation de cette garantie ne peut être jugée finalement qu'après épuisement complète des voies de recours, en considérant l'ensemble de la procédure. A ce jugement il faut considérer les principes spéciaux de ces différentes voies; ils résultent des spécialités internes de ces voies. La considération de l'ensemble des voies de recours est nécessaire, parcequ'elles peuvent neutraliser des illégalités qui ont eu lieu en première instance.

4. Comme mentionné ci-dessus (I.1. et 4.) l'article 6 CEDH n'est applicable qu'aux procédures dans les affaires de caractère civil et pénal; il n'est pas important de savoir si ces affaires sont traitées par des juridictions ou par des autorités administratives qui exercent de telles fonctions judiciaires.

Par contre, les garanties résultant de l'article 83 alinéa 2 Loi Constitutionnelle Fédérale s'adressent au législateur aussi bien qu'à toutes les autorités de l'Etat, la justice et l'administration. Il faut cependant répéter que ces garanties ne vont pas aussi loin que celles de l'art. 6 CEDH.

Finalement il faut répéter que la Cour constitutionnelle autrichienne n'a aucune compétence pour contrôler les actes de juridiction des tribunaux. Ses décisions au sujet du procès équitable et au "procès équitable" ne peuvent ainsi concerner que l'exercice de fonctions judiciaires effectuées par les autorités administratives. Les garanties du procès équitable dans le domaine de la juridiction sont traitées par les tribunaux et finalement par la Cour suprême.

### **III. CAS PRATIQUE**

Tout d'abord, il faut souligner que la Cour constitutionnelle autrichienne n'a aucune compétence pour contrôler les actes de juridiction des tribunaux. Les garanties du procès équitable dans le domaine de la juridiction sont traitées par les tribunaux et finalement par la Cour suprême. La Cour Constitutionnelle devrait donc rejeter une requête qui conteste une décision de justice.

Les décisions de la Cour constitutionnelle au sujet du procès équitable ne peuvent ainsi concerner que l'exercice de fonctions judiciaires effectuées par les autorités administratives. Je voudrais donc modifier un peu l'exemple donné: Je suppose que la requête de Monsieur X

conteste la décision d'une chambre administrative indépendante, statuant dans une procédure de caractère civil ou pénal, devant la Cour constitutionnelle autrichienne. Les membres de ces chambres sont nommés pour une période de 5 à 6 années et ils ont les garanties d'indépendance des tribunaux selon l'article 6 CEDH.

D'après la Constitution autrichienne, la Cour constitutionnelle devrait considérer ce cas premièrement sous l'aspect de l'article 6 CEDH; celui-ci contient les principes relatifs au caractère indépendant et impartial des autorités jugeantes dans les affaires civiles et pénales. Cet article fait partie intégrante de la Constitution depuis son entrée en vigueur en 1958. Il constitue un droit subjectif de l'individu qui doit être appliqué immédiatement par tous les organes de l'état. Cela signifie aussi que le législateur n'est pas obligé de répéter le contenu de cet article dans la Constitution ou dans les lois.<sup>(1)</sup> Cependant le législateur, pendant les années passées, a adapté les dispositions procédurales dans plusieurs rapports pour parvenir à la constitutionnalité de l'ordre juridique à l'égard de l'article 6 CEDH.

A l'application de cet article, la Cour constitutionnelle (ainsi que les autres tribunaux) suit la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme.<sup>(2)</sup> L'exposé suivant doit être compris à la lumière de cette situation; il sera - pour cette raison - assez bref.

Comme remarque préalable il faut dire que les garanties de l'article 6 CEDH sont naturellement aussi valables pour les étrangers.

Concernant la requête de M. X: Un juge étranger, sans nationalité autrichienne, en Autriche ne pourrait pas devenir juge professionnel et ne pourrait donc pas juger sur un tribunal autrichien; s'il le faisait, il ne s'agirait pas d'une décision valable. Par contre, la participation de certains juges non-professionnels, même étrangers (peut-être de nationalité d'un pays de la Communauté Européenne) en Autriche ne violerait probablement l'article 6 CEDH, tant que ces juges ont une position indépendante et qu'il n'existe pas de faits qui prouvent leur partialité individuelle. La Cour constitutionnelle rejeterait donc une plainte à ce sujet.

Par contre, selon l'article 6 alinéa 3 e) CEDH, Monsieur X, s'il est accusé d'une infraction et s'il ne comprend pas la langue du procès, a le droit de se faire assister gratuitement d'un interprète. Si les juges ont refusé une telle demande, ils ont violé son droit à un procès équitable et la Cour constitutionnelle devrait donner suite à sa plainte, en cassant la décision.

La nomination des juges par le pouvoir exécutif et la détermination de leur traitement par celui-ci - fondé sur la loi, - n'emporteraient probablement pas de violation de l'article 6 CEDH ou d'une autre garantie constitutionnelle autrichienne. Tant que les juges ne sont pas soumis aux instructions du pouvoir exécutif et sont tout à fait indépendants pendant la période de leur activité, une plainte à ce sujet n'aurait pas de succès devant la Cour constitutionnelle.

---

<sup>1</sup> VfSlg 10.639; vgl auch VfSlg 11.026, 11.042 und 11.044.

<sup>2</sup> Il faut remarquer qu'il existent d'autres droits constitutionnels qui comprennent des garanties concernant la procédure administrative réglée (article 83 alinéa 2, article 7 Loi Constitutionnelle Fédérale) Cependant, ces garanties ne vont pas aussi loin que l'article 6 CEDH. Elles ne protègent que contre les décisions d'une autorité non compétente, les décisions qui n'ont aucune base légale et les décisions arbitraires (p.e. preuves prises de manière partielle; voir ci-dessus I.4.). Dans sa jurisprudence récente et très importante, la Cour constitutionnelle a clairement accentué le fait que toutes ces garanties sont aussi valables pour les étrangers.

Par contre, l'impartialité pourrait certainement être touchée par des propos xénophobes ou racistes d'un juge. Dans de tels cas, les dispositions procédurales permettent à Monsieur X le droit de récuser le juge, si "pour un motif grave il est empêché de rendre une décision impartiale". Les remarques racistes, même privées, constitueraient certainement un motif "grave", qui peuvent influencer la décision de façon négative. Cependant, le requérant doit faire usage de ce droit; si Monsieur X n'a pas fait cela, la Cour constitutionnelle pourrait rejeter son recours.

L'avocat est le mari d'une des juges - encore plus que dans le cas de remarques racistes, cela serait une raison assez grave pour l'organe de s'abstenir de juger et pour Monsieur X de le récuser. En vertu des dispositions procédurales, les relations familiales entre juges et parties (ou avocats) en matières pénales, constituent même une raison de récusation de juges. En ce cas, la Cour constitutionnelle accepterait cette plainte même si Monsieur X n'avait pas récusé la juge au cours du procès; la Cour trouverait que l'article 6 CEDH aussi bien que le droit de l'article 83 alinéa 2 Loi Constitutionnelle Fédérale ont été violés, selon lequel "nul ne doit être soustrait à son juge légal."

Si la convocation au tribunal n'est parvenue à Monsieur X que 48 heures avant l'audience, cela pourrait évidemment violer le droit de l'article 6 alinéa 3 b) CEDH. Bien que cet article, tout comme les dispositions procédurales, ne prévoit pas de délai fixe, un accusé - et dans une certaine mesure toute partie dans un procès civil - doit disposer du temps nécessaire à la préparation d'une audience. Le "temps nécessaire" peut dépendre de la complexité et des détails du cas concret; 48 heures, dans un cas normal, ne semblent pas quand même suffisant. De toute façon, Monsieur X est obligé de demander la prorogation de l'audience; s'il l'a fait sans succès, la Cour constitutionnelle pourrait donner suite à sa plainte.

Finalement, si Monsieur X n'a pas eu accès à un rapport final du ministère, cela touche le droit de l'égalité des armes, partie intégrante du droit au procès équitable et également fixé à l'article 6 CEDH pour les affaires civiles et pénales.

Si ce "rapport final" du ministère contient des faits nouveaux et essentiels pour la décision, cela pourrait même être qualifié "arbitraire" et pourrait toucher le droit d'être entendu; ce droit fait partie du principe de l'égalité, droit de rang constitutionnel en Autriche. Dans ce cas, la Cour constitutionnelle devrait donner suite à cette plainte pour une deuxième raison.

\* \* \* \* \*

En résumé, il faut dire qu'en Autriche la protection constitutionnelle la plus profonde concernant les garanties du procès équitable résulte de l'article 6 CEDH. Cette protection est meilleure et plus effective que les autres garanties procédurales révisées dans la Constitution Fédérale autrichienne (article 7 et article 83 alinéa 2 Loi Constitutionnelle Fédérale).<sup>(3)</sup> L'application directe et prioritaire de l'article 6 CEDH par tous les organes de l'Etat, aussi bien par la Cour constitutionnelle, sorte d'incorporation de la Convention assez unique, a introduit des changements remarquables dans le domaine des garanties procédurales en affaires pénales et civiles en Autriche. Ainsi la Convention - et certainement la jurisprudence de la Cour

---

<sup>3</sup> *D'après celle-là surtout, il ne suffit pas de prétendre ni de prouver des faits qui pourraient causer l'impartialité d'un organe. Il faut plutôt toujours considérer le contenu de la décision finalement prise. Si la légalité de celle-là est sérieusement mise en doute, on peut former un recours à l'instance supérieure et finalement à la Cour administrative. Par contre, la Cour constitutionnelle ne peut être saisie qu'en cas de fautes graves de la procédure et de la décision qui lui donnent un caractère "arbitraire".*

européenne des Droits de l'Homme des années passées - a contribué à un niveau de plus en plus élevé de ces garanties procédurales. Il faut ajouter que la jurisprudence européenne très extensive (par exemple au terme des "droits de caractère civil") est critiquée de temps en temps et pose des problèmes au sein de l'ordre juridique traditionnel. Cependant la Cour constitutionnelle et les tribunaux aujourd'hui suivent très exactement cette jurisprudence.

L'article 6 CEDH est donc devenu un élément important du système constitutionnel autrichien.

**AZERBAIJAN**

**I. Definition and Legal Force of the right to a fair trial**

- 1. Is the right to a fair trial enshrined in a legal instrument? The Constitution? A law? A regulation?  
If so, since when?  
On what occasion was it introduced?*

A textual notion of a “right to a fair trial” is introduced neither in Constitution nor in any other legal documents of Azerbaijan Republic. Taking into account the provisions of Article 6 of the European Convention of Human Rights, we should note that “the right to a fair trial” notion corresponds to a number of procedural rights, envisaged in the Constitution of Azerbaijan Republic, the Law on Courts and Judges, as well as other legal documents (Criminal Procedure Code, etc.).

The articles of the Constitution, Law on Courts and Judges and Criminal Procedure Code, reflecting these rights, are listed below.

**CONSTITUTION**

**Article 127. Independence of judges, main principles and conditions of implementation of justice**

- I. Judges are independent, they are subordinate only to Constitution and laws of the Azerbaijan Republic, they cannot be replaced during the term of their authority.
- II. In consideration of legal cases judges must be impartial, fair, they should provide juridical equality of parties, act based on facts and according to the law.
- III. Direct and indirect restriction of legal proceedings from somebody’s part and due to some reason, illegal influence, threats and interference are not allowed.
- IV. Justice shall be implemented based on equality of citizens before the law and law court.
- V. In all law courts hearing of legal cases shall be open.
- VI. It is allowed to have closed hearing of legal cases only if the law court decides that open hearings may result in disclosure of state, professional or commercial secrets, or that it is necessary to keep confidentiality with respect to personal or family life.
- VII. Except cases envisaged by law it is prohibited to carry out legal proceedings by correspondence.
- VIII. Law proceedings are carried out based on the principle of contest.
- IX. Everyone has the right for defence at all stages of legal proceedings.

- X. Justice is based on presumption of innocence.
- XI. In the Azerbaijan Republic legal proceedings are carried out in state language of the Azerbaijan Republic or in a language of majority of population in specific area. Persons—participants of legal proceedings not knowing the language of proceedings have the right to be acquainted with materials of proceedings, to take part in legal proceedings using interpreter, to make statements in the law court in their native language.

**Article 63. Presumption of innocence**

- I. Everyone is entitled for presumption of innocence. Everyone who is accused of crime shall be considered innocent until his guilt is proved legally and if no verdict of law court has been brought into force.
- II. A person under suspicion of crime must not be considered guilty.
- III. A person accused of crime does not need to prove his/her innocence.
- IV. Proofs received against the law must not be used when administering justice. Nobody may be accused of crime without the verdict of law court.

**Article 45. Right to use mother tongue**

- I. Everyone has the right to use his/her mother tongue. Everyone has the right to be educated, carry out creative activity in any language, as desired.
- II. Nobody may be deprived of right to use his/her mother tongue.

**THE LAW ON COURTS AND JUDGES**

**Article 8. Realisation of justice impartially, on the basis of facts, in accordance with law and with the guarantee of independence of judges.**

Justice is realised without any restrictions, on the basis of facts, impartially, fair, in accordance with law and the guarantee of independence of judges.

**CRIMINAL PROCEDURE CODE**

According to Article 4 no one can be considered accused but on the grounds and order, provided by law.

**Article 15. Independence of judges and their subordination to law only**

While carrying out justice on criminal cases judges and jury are independent and subordinate to law only. The judges and jury render decisions only on the basis of law...

**Article 16. Language of court management**

Court management in Azerbaijan Republic is carried out in Azerbaijani language or in a language of autonomous republic, autonomous district or in a language of majority of population of given district.

Persons, participating in case and not speaking the language of court management are conferred with right to make statements, give testimonies, bring petitions, get acquainted with all the materials of case, make speech in court in their native language and use the services of an interpreter, via procedure set forth in this Code.

Investigation and court documents shall be given to the accused person having been previously translated to his/her native language or any other languages, he/she speaks.

**Article 17. Public hearings**

Hearings in all courts are open, with the exception of cases when it contradicts to the interests of the security of state secrets.

Closed court hearings are also allowed on the motivated court decision on the cases of persons, younger than sixteen years, sexual crimes cases, as well as other cases with a view to prevent divulgement of information on private sides of life of persons, participating in case.

**Article 18. The guarantee of right to defense for accused**

The accused is provided with the right to defense.

The Court, prosecutor, investigator or person making inquest is obliged to provide the accused person with opportunity to be defended by the means and ways, envisaged by law, from accusation, and to secure the safety of his private and property rights.

**Article 19. Detailed, complete and objective research of the circumstances of case**

The Court, prosecutor, investigator or person making inquest is obliged to take all measures, foreseen by law, for detailed, complete and objective research of the circumstances of the case, to find circumstances that both prove guilt and acquit the defendant as well as aggravate or excuse his/her responsibility.

The Court, prosecutor, investigator or person making inquest have no right to put the obligation of proving on the accused person.

It is prohibited to seek for testimonies of accused person and other persons, participating in case, by means of violence, threats and other unlawful measures.

**Article 21. An obligation to explain rights of persons, participating in case and to guarantee these rights**

The Court, prosecutor, investigator or person making inquest is obliged to explain to persons, participating in case, their rights and guarantee and to ensure the enjoyment with these rights.



**Article 56. Rights of the accused person**

Accused person has right: to know what he/she is accused in and to give explanations on accusation; to bring arguments; to bring petitions; at the end of preliminary investigation and inquest to get acquainted with all materials of case; to have lawyer; to participate in court hearings in court of first instance; to bring objections; to bring appeals on actions and decisions of investigator, prosecutor, court and person making inquest.

**Article 122. Obligation to inform prosecutor about detention**

The body of inquest shall inform prosecutor in written form about the detention of suspect, within twenty-four hours.

Within forty-eight hours from the moment of receipt of information on detention of suspect, prosecutor shall issue the warrant for deprivation of liberty of detained person or release him/her.

**Article 124. Rights of suspect**

Suspect has right to bring appeals on actions of investigator or prosecutor, to give explanations and bring petitions.

- 2 *If this right is not mentioned in the Constitution, is it nevertheless upheld by the courts? The Constitutional Court? Civil courts? Criminal courts? Administrative courts? Is there any opposition to this right? On what ground(s) have the courts upheld this right?*

The violation of any of these rights leads to abolishment of sentence.

3. *What is the legal force of the right to a fair trial? Is the principle of the right to a fair trial a fundamental principle? Does it have force equal, superior or inferior to that of statutory? Is it an ideal, which needs defending?*

Taking into consideration the extracts from the aforementioned laws, one can state that the “right to a fair trial” (the scope of appropriate procedural rights) is one of the basic human rights in Azerbaijan.

4. *Is the right to a fair trial an autonomous right or does it depend on other rights, such as the right to access to the courts, the right to independence and impartiality of the courts, the right to object to a particular judge, etc?*

*Are these rights inferred from the right to a fair trial and, if so, by whom? Or do they exist as such in a legal instrument and, if so, what kind of legal instrument?*

**The rights listed above are organically linked to other procedural rights.**

## **II. Right to a fair trial in practice**

1. *Is the right to a fair trial frequently claimed before the constitutional, administrative, criminal or civil courts?*

No such claims have been lodged with Constitutional Court yet.

2. *What is the scope of the right to a fair trial?  
Does it apply to all cases or only to certain cases and, if the latter, which ones?*
3. *Does the right to fair trial apply to all stages of the case (committal proceedings, trial)?*

Taking into consideration the fact that given principle is based on the Constitution of Azerbaijan Republic, it is applied to all cases and all stages of case.

1. *Does the right to a fair trial apply only to courts or does it also apply to any other authority which, although it is not an official court, carries out judicial functions?*

In Azerbaijan there is no such body which could carry out judicial functions without being a court.

**BULGARIA**

An explicit text regarding the Right to a fair trial (RFT) does not exist in Bulgarian law. The problem is more linguistic than substantial as it would be difficult to define the Right to a fair trial through thorough indication of its characteristics. The answer suggests a generally accepted definition of the essence of the term “fairness” and such is not established in the philosophy of law. This makes it necessary that the jurisdiction always add the conscience and the conviction of the judge to an incomprehensive list of criteria. This transforms the idea of fairness into a conception of the spirit. Besides, this can also be seen in the European Court of Human Rights (ECHR) practice on the application of Article 6 from the European Convention of Human Rights (La Convention europeenne des droits de l’homme, Commentaire article par article, sous la direction de Pettiti, L.-E., Decaux, E., Imbert, P.-H., Economica, Paris, pp. 265-266).

In the Bulgarian legal system the RFT has always been understood as a right to fair *judicial proceedings*. A historical review of the formal and literal acknowledgement of that right is not known to exist but in the everyday speech behind the term “trial” stands by presumption the idea of fair trial. An unfair trial is morally intolerable and procedurally wrong. As a successor to the Roman and Byzantine legal tradition, the Bulgarian law accepts justice in conformity with Ulpian's definition – “Justice is an unchanging and constant will to give everyone his right...Justice is...a science of the fair and unfair” - Iustiniani Digesta, I, I, 10, para. 1. Therefore, the unfair trial is excluded from the term for justice by definition. This is why, at a legislative level attention has always been paid not to the proclamation of the right to a fair trial (which has been implied) but to arranging the formal legal guarantees for such a trial. During the whole history of Bulgarian law since 1879 separate derivatives from the RFT rights have been explicitly proclaimed in Constitutions and laws with a different level of thoroughness.

The RFT could be drawn out of the basic constitutional principles of a state governed by law and fairness that are established in the Constitution of the Republic of Bulgaria from 1991 which is in force today. According to Article 4, al.1 from the Constitution “*The Republic of Bulgaria shall be a law-governed state. It shall be governed by the Constitution and the laws of the country*”. This text, interpreted together with the fundamental principle of fairness, set in the Preamble of the Constitution, establishes the supremacy of law, where the right to a fair trial comes from.

In our Constitution exists the explicit norm of Article 56 according to which “*Everyone shall have the right to legal defence whenever his rights or legitimate interests are violated or endangered*”. This norm can be undeniably related to the RFT in the sense of the decision of the Court for Human Rights in Strasbourg from October 30-th 1991 *Borger c. Belgique*, according to which the right to defence (droit de la defense) is “one of the elements of a larger definition for a fair trial” (des elements de la notion, plus large, de proces equitable).

It must be had in mind though that the Bulgarian Constitutional Court in its interpreting decision 3 from May 17, 1994, c.c. 1/94 (Durzhaven vestnik 49 from 1994) has acknowledged that “the right to defence according to Article 56 from the Constitution takes different forms”, among which – “bringing suits before the court and appealing before a higher instance”. In that sense the Constitutional Court refers to the exercising of the RFT before the court as one of the forms of the right to defencs and not vice versa.

The norm of Article 121, al. 1 and 2 should also be considered a part of the constitutional regulation of the RFT. According to them “*The courts shall ensure the equality and mutual challengeability of the parties to a judicial trial*” and al. 2 – “*Judicial proceedings shall ensure the establishment of truth*”. The equality of the parties and the application of the principle of challengeability are important conditions for carrying out a fair trial. In my opinion the constitutional requirement of art. 121, al. 2 must also be added to them. It says: “*Judicial proceedings shall ensure the establishment of truth*”. This constitutional obligation for *quaestio veritatis* is inseparably linked to the definition for justice as a “will to give everyone his right...”.

In my opinion although the rules of art. 121 are situated in the chapter concerning the judicial power and refer directly to the judicial proceeding they have to be interpreted extensively and applied to the exercising of the right to a defence in all its other forms, e.g., the right to appeal before different municipal and state organs. Naturally the application of these rules must be in conformity with the peculiarities of the specific procedure and the functions of the organ that is in charge of it but it can not be neglected. I think that this interpretation corresponds to the principle of the supremacy of law and the principle of fairness as fundamental constitutional principles.

The RFT as a fundamental constitutional principle is being applied by the Constitutional Court of Bulgaria. The Court has ruled in its interpreting decision cited above on the character and sphere of application of the right to defence. According to the Court it is a “fundamental, general and at the same time personal right, which has a procedural character because it is a means for protection of another right (violated or endangered)”. With that decision the Court has opened the possibility of direct application of art. 56 of the Constitution in judicial appealing of the acts of the Supreme Judicial Counsel before the Supreme Administrative Court.

The RFT is also applied in the practice of the civil, criminal and administrative courts. There is abundant practice on the application of art. 4, al. 2 of the Civil Procedure Code which says that “*The court ensures equal possibility of the parties to exercise their rights*” – e.g. Order N. 6 of the Plenum of the Supreme Court from the 23.12.1968 and interpreting decision N. 106 from 07.09. 1967 of the General Assembly of the Civil Chambers of the Supreme Court.

The RFT is also applied broadly in the criminal cases through a number of derivative principles – the right to defence, the presumption of innocence, the admissibility of all procedural means of defence etc. In decision N 204 from 12.05.1999 of First Criminal Department of the Supreme Court is accepted that “The norms of art.9, art. 16, art. 19, art. 25, p. 9 and others of the Penal Procedure Code guarantee the hearing of the case by an independent and impartial court. It is a right of the accused persons pursuing to Art. 6 (1) of the European Convention of Human Rights. The last cited norm is also constitutionally proclaimed as domestic law of highest priority according to art. 5 (4) of the Constitution”.

In the administrative cases the RFT is also applied. It would be enough to cite here only order N 1580 from 02.04.1999 of First Chamber of Supreme Administrative Court. The court refers to Art. 6 of the European Convention of Human Rights and declares that “The RFT includes the right to access to a procedure with all guarantees inherent to the judicial form of legal proceeding...”.

In all cited cases the courts refer to legal procedural norms and in the last case – to constitutional and international norms.

In the Bulgarian law the RFT is accepted as a fundamental constitutional principle which takes different forms. That is obvious from the cited decision of the Constitutional Court. At the same time this right is regulated in the procedural codes. Bulgaria is also a party to the European Convention of Human Rights and pursuant to art. 5, al. 4 of the Constitution, the conventional norms have priority over the domestic legislation. In this sense the RFT is regulated on constitutional, international (supralegislative) and legislative basis at the same time.

It should be emphasised that in its decision N 2 from 18.02.1998 on c.c. 15/97 (Durzhaven vestnik, N 22 of 1998) the Constitutional Court *obiter dicta* has declared that the norms of the European Convention of Human Rights possess the quality of “*norms of European public policy*” in Bulgarian law. Naturally this also spreads over Art. 6 of the European Convention of Human Rights, which guarantees the RFT. Therefore the Bulgarian administrative and judicial authorities should apply the norms of Art. 6 *ex officio*.

There is no autonomous, separate regulation of the RFT except for the regulation of the derivative guarantees in the Constitution and the procedural codes. In the general list of these guarantees the explicit constitutional norms of art. 4, al. 1, art. 56 and 121 of the Constitution must be put in the first place. As constitutional norms of general character art. 32, al. 1, and art. 122 and the norms about the independence of the judicial power and independence and impartiality of the judges –art. 8 and 117 of the Constitution must also be mentioned. Special constitutional guarantees of a fair trial in the field of criminal prosecution are created – art. 31, al. 1-4.

In general the constitutionally and legally regulated guarantees of the RFT in the Bulgarian law could be classified as follows:

- Guarantees for an independent and impartial court – art. 8 and 117 of the Constitution and the rules about the fundamental principles in the procedural codes, e.g. the rules for challenging judges from the panel of the court (art. 12 – 14 of the Civil Procedure Code and art. 25 – 27 of the Penal Procedure Code). In the constitutional procedure attention must be paid to order 1 from 13.06.1995 on c.c. 9/95, according to which the previous participation of a constitutional judge in the legislative process is not a cause for his dismissal from the case.
- Guarantees of access to the court and timely exercising of the judicial functions. For example, pursuant to art. 2 of Civil Procedure Code “*The courts are obliged to hear and resolve every appeal before them for defence and assistance of personal and property rights*”. According to art. 31, al. 1 of the Constitution “*Anyone charged with a crime shall be brought before a court within the time established by a law*”.
- Guarantees of the right to defence – the cited above constitutional rules of art. 32, al. 1, art. 56, art. 120, al. 2 and art. 122, the presumption of innocence and the prohibition on convicting a person solely upon his confession, the requirement for mandatory participation of defence counsel in some cases.
- Guarantees of equality and mutual challengeability of the parties – art. 121, al. 1 of the Constitution; art. 4, al. 2 of the Civil Procedure Code: “*The court ensures equal possibility for the parties to exercise their rights. It (the court) is obliged to apply the laws precisely and equally to everybody*”; art. 19 of the Penal Procedure Code – “*the parties in judicial proceedings shall have equal procedural rights with the exception of the cases specified by this code*”.

There is no sufficient data how often the RFT has been invoked before the Bulgarian courts. Not abiding by the above-mentioned guarantees is a breach of the procedural rules which can be ground for repeal of the decision or conviction.

In Bulgarian law the concept of the internal public policy is not wide-spread. The consideration of the imperative (mandatory) character of some norms and principles is often applied instead. The courts observe *ex officio* the applying of the listed guarantees. Naturally, the parties to the case still have the right to appeal before the higher instance the eventual breach of the rules.

The guarantees of the RFT are applied in the sphere of the civil, criminal and administrative procedure. It is difficult to pass a judgement on whether and in what extent these guarantees are applied in the practice of the other authorities apart from the courts. Nevertheless there are law rules containing guarantees of the RFT. For example pursuing to art. 28 of the Law for Administrative Procedure when you are appealing an administrative act "*The superior organ shall reach its decision after deliberating the explanations and the objections of the interested individuals and organisations*". This norm can be interpreted as a substitute for the principle of equality and mutual challengeability of the parties to the administrative proceeding.

It is important to note the specific situation of the right to judicial appeal against administrative acts. Pursuing to art. 120, al. 2 of the Constitution "*Citizens and legal entities shall be free to contest any administrative act which affects them, except those listed expressly by the laws*". The Bulgarian Constitutional Court hesitates on the interpretation and application of this constitutional norm. The absence of clear criteria about the application of the exception *in fine* makes it possible for the legislature to constrain the right to access to the court arbitrarily.

As far as the RFT can be interpreted as an element of the general right to defence the question is regulated explicitly on constitutional level. Pursuant to art. 122, al. 1 of the Constitution "*Citizens and legal entities shall have the right to legal counsel at all stages of a trial*".

Jurisdictional functions can be exercised not only by the state courts but also by the arbitral courts, created according to the requirements of the Bulgarian law. The guarantees of the RFT are applicable in the arbitral process. A legal ground of that is the rule of art. 22 of the Law on international commercial arbitration. It says that "*The parties in the arbitral proceedings shall be treated with equality. The arbitral tribunal shall give each of them a full opportunity to defend his rights*".

<b>CROATIA</b>
----------------

## **I Definition**

1. Yes.

The Constitution of the Republic of Croatia (1990), in art. 29 stipulates: *Anyone suspected or accused of a penal offence shall have the right:*

- *to a fair trial before a competent court specified by law;*
- *within the shortest possible term to be informed of the reasons for the charges preferred against him and of the evidence incriminating him;*
- *to a defence counsel and free communication with him, and to be informed of his right;*
- *to be tried in his presence if he is accessible to the court, and to defend himself by himself or with the assistance of the defence counsel chosen by him.*

*A charged and accused person shall not be forced to testify against himself or to admit his guilt.*

*Evidence obtained illegally shall not be admitted in court proceedings.*

Art 115 specifies:

**Judicial power shall be exercised by courts. Judicial power shall be autonomous and independent. Courts shall administer justice on the basis of the Constitution and law.**

Art. 119 and 120 provide for the immunity of the judges (this immunity is the same as the representatives of the Croatian Sabor (parliament)) and for the permanence of the judicial office; appointment, relieving and disciplinary responsibility of the judges is in the competence of the State judiciary council.

The Law on courts in art. 4 para 1 specifies that anyone has the right to a trial before a court competent for the respective subject, in a procedure determined by law and without delay.

2. There is no opposition to the right to a fair trial. The courts are obliged to respect this right on the ground of the mentioned constitutional provisions (which are in practice interpreted as applicable to ALL – and NOT ONLY to the penal trials (as the Constitution reads)); also of relevance are the appropriate conventions of the Council of Europe.
3. Superior, since it derives from the constitution and international law (see answer to 2).
4. It is an autonomous right.

## **II. Practice**

1. Not frequently. It has been directly claimed only in several cases in the last two years.

2. It applies to all cases (see answer to I/2); only if violated does it come to a higher court, up to the constitutional court.
3. Yes. All elements of a fair trial can be examined already by the higher court of the second degree.
4. The principle of fairness should apply to the work and procedure of all authorities. However, some problems and irregularities have been noticed in some summary procedures (administrative, inspections, infringements etc.). An effort is made in order to make necessary adjustments.



**CYPRUS**

**I. Definition and Legal Force of the Right to a Fair Trial.**

Question 1: Is the right to a fair trial enshrined in a legal instrument? The Constitution? A law? A regulation? If so, since when? On what occasion was it introduced?

Answer 1: The right to a fair trial is safeguarded by the Constitution as a fundamental human right. It is entrenched in Article 30 of the Constitution, modeled on the provisions of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights.

Article 30 assures to every person access to the Court assigned to him by or under the Constitution. Furthermore it prohibits the establishment of judicial committees or exceptional Courts under any name whatsoever. (Article 30(1).)

Para. 2 of Article 30 provides that in the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, "...every person is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent, impartial and competent court established by law...". Moreover it requires that the judgment of the Court shall be reasoned and pronounced in open Court.

The essential rights of every litigant in judicial proceedings are defined in para. 3 of Article 30 and those of the accused specifically itemized in Article 12(5) of the Constitution. Observance of the rights of a litigant constitutes a vital attribute of a fair trial. They include the right to be informed of the reasons for appearance in Court, adequate time for the preparation of his case, necessary freedom to present his case before the Court, the right to adduce evidence and examine witnesses according to law, the right to be represented by a lawyer and freedom to choose him, the provision of an interpreter where necessary, free of charge, and legal aid whenever the interests of justice so warrant.

The right to a fair trial guaranteed by Articles 30 and 12 of the Constitution is embodied in the Charter of fundamental rights and liberties safeguarded in Part II of the Constitution, embracing Article 6 to Article 35. The ultimate Article of this part of the Constitution, Article 35, makes it a paramount duty of the legislative, executive, and judicial authorities of the Republic to ensure within the limits of their respective competence the efficient application of Part II of the Constitution.

The Constitution of Cyprus came into force in 1960, upon the declaration of the Independence of the country. Before that date Cyprus was a British Colony.

Question 2: If this right is not mentioned in the Constitution, is it nevertheless upheld by the Courts? The Constitutional Court? Civil courts? Criminal courts? Administrative courts? Since when? Is there any opposition to this right? On what ground(s) have the courts upheld this right?

Answer 2: The right to a fair trial is all embracing. It applies to every species of judicial proceedings. It must be understood that the determination of the civil rights and

the criminal liability of every person is the sole province of the judiciary. Only a court of law can pronounce directly or indirectly, or bring judgment to bear upon the civil rights or the criminal responsibility of the individual. This has been acknowledged by the Full Bench of the Supreme Court as an incident of the right to a fair trial safeguarded by Article 30.2 of the Constitution. - *Kyriakides & others v. Republic* - cases 298/96, 299/96, 300/96, - 26.11.1997, (to be published in (1997)3 C.L.R.).

Question 3: What is the legal force of the right to a fair trial? Is the principle of the right to a fair trial a fundamental principle? Does it have force equal, superior or inferior to that of statutory legislation? It is an ideal which needs defending?

Answer 3: Adherence to the principle and norms of a fair trial as established by Article 30 of the Constitution, is a prerequisite for a valid judicial pronouncement. Breach of the right entails invalidation of the proceedings and the annulment of the judgment given. In *Gregoriou v. Bank of Cyprus Ltd.* (1992)1 C.L.R. 1222, the judgment of the trial Court was declared invalid and a retrial was ordered on account of the failure of the trial Court to afford an adequate opportunity to the plaintiff to prepare and submit his final address. In the Court annulled the proceedings and set aside the verdict of the criminal Court because of the inordinate delay in the transaction of the proceedings. The Court stressed that deviation from the norms of a fair trial renders the trial abortive and the verdict of the Court liable to be set aside. (See also *Victoros v. Christodoulou* (1992)1 C.L.R. 512; *Makri and Others v. HadjiEvangelou* (1993)1 C.L.R. 203; *Republic v. Ford* (No. 2) (1995)2 C.L.R. 232.)

As already explained the right to a fair trial has universal application.

Question 4: Is the right to a fair trial an autonomous right or does it depend on other rights, such as the right to access to the courts, the right to independence and impartiality of the courts, the right to object to a particular judge, etc? Are these rights inferred from the right to a fair trial and, if so, by whom? Or do they exist as such in a legal instrument and, if so, what kind of legal instrument?

Answer 4: The right to a fair trial is founded on the principles of natural justice. Every aspect of the right to a fair trial safeguarded by Article 30 of the Constitution, is equally consequential for the validity of the trial. The independence and impartiality of the Court of trial is a prerequisite for a valid trial. The same holds true for trial by a Court established by law. Objection may be taken to the composition of the Court or any member thereof on grounds of lack of independence and lack of impartiality. The underlying principle is that no one should be a judge in his own cause. The criterion of independence and impartiality is objective, associated with the likely reactions of the notional reasonable man upon being informed of the facts relevant to the alleged lack of independence or impartiality (bias).

## **II The Right to a Fair Trial in Practice**

Question 1: Is the right to a fair trial frequently claimed before the constitutional, administrative, criminal or civil courts? Is it a ground involving public policy, which the court may raise of its own motion during proceedings?

Answer 1: Upon a survey of Cyprus Case Law one may justifiably infer that objection to the validity of proceedings on grounds of breach of the norms of a fair trial is a rare incident. It is common practice for judges sitting alone, or as members of a judicial panel or division, to exclude themselves from the composition of the Court for reasons that may, even remotely give rise to a suspicion of bias.

Question 2: What is the scope of the right to a fair trial? Does it apply to all cases or only to certain cases and, if the latter, which ones?

Answer 2: The right to a fair trial is all embracing; it extends to every facet of the case and encompasses without exception all judicial proceedings.

Question 3: Does the right to a fair trial apply to all stages of the case (committal proceedings, trial)?

Answer 3: The answer is, yes.

Question 4: Does the right to a fair trial apply only to courts or does it also apply to any other authority which, although it is not an official court, carries out judicial functions?

Answer 4: The right to a fair trial in all essential respects applies to disciplinary proceedings too. As judicially affirmed a person facing disciplinary proceedings has the same defence rights as those safeguarded to the accused in a criminal trial by Article 12.5 of the Constitution.

<b>ITALIE</b>
---------------

### **Solution du cas pratique**

1. Concernant la présence parmi les juges qui composent le Tribunal d'un juge "étranger", la solution dépend de ce que l'on entend par juge "étranger". Si l'on fait référence, par cette locution, à un juge qui n'est pas citoyen de l'Etat, le cas ne pourrait matériellement pas se vérifier dans l'ordre juridique italien car l'accès à la magistrature et, donc, aux fonctions juridictionnelles, est réservé exclusivement en Italie aux citoyens italiens.

Si l'on fait référence à un juge "différent" des juges ordinaires qui sont institués et réglementés par les normes sur l'organisation judiciaire, auxquelles, en exécution du principe de légalité de la juridiction, l'article 102 alinéa 1 de la Constitution italienne réserve l'exercice de la fonction juridictionnelle, la sentence s'avérerait prononcée par un juge "incapable" et serait donc juridiquement inexistante plus que nulle, parce qu'émise "a non iudice".

Si l'on entend en revanche par juge "étranger" un juge ordinaire régulièrement institué, mais différent de ceux qui auraient dû composer le collège du Tribunal selon les tableaux approuvés tous les deux ans par le Conseil supérieur de la magistrature, la sentence ne serait pas viciée de nullité, parce que l'article 33 alinéa 2 du Code de procédure pénale italien établit que les dispositions relatives à la destination des juges aux bureaux judiciaires et aux sections de ces bureaux n'ont pas d'incidence sur les conditions de capacité du juge.

2. Concernant la présence parmi les juges du Tribunal de juges non professionnels, l'ordre juridique italien prévoit l'existence auprès des organes judiciaires ordinaires de sections spécialisées, auxquelles peuvent participer "des citoyens aptes étrangers à la magistrature" (article 102 alinéa 2 de la Constitution), comme, par exemple, les juges honoraires qui font partie du Tribunal pour les Mineurs et du Tribunal de Surveillance qui opère en matière d'organisation pénitentiaire. La Constitution prévoit, en outre, (article 102 alinéa 3) la participation directe du peuple à l'administration de la justice (juges populaires à la Cour d'Assises), ainsi que la nomination, même électorale, de magistrats honoraires pour toutes les fonctions attribuées aux juges uniques (article 106 alinéa 2), comme, par exemple, les juges de paix. Dans l'ordre juridique italien, la présence de juges non professionnels est donc non seulement permise, mais dans certains cas imposée par la loi.

3. Quant à la demande de l'accusé étranger de s'exprimer dans sa langue maternelle, il faut distinguer dans l'ordre juridique italien selon que l'accusé appartient à une minorité linguistique reconnue ou qu'il est étranger. Cela dit, le droit de s'exprimer dans sa langue maternelle n'est pas prévu de façon générale par la Constitution italienne, mais l'article 109 du code de procédure pénale, en conformité avec l'article 6 de la Constitution, relatif à la protection des minorités linguistiques, stipule que le citoyen italien appartenant à une minorité linguistique reconnue par l'ordre juridique italien a le droit, sanctionné sous peine de nullité, d'être interrogé et examiné dans sa langue. Des normes particulières prévoient ensuite, vis-à-vis de certaines minorités linguistiques présentes dans des provinces ou régions italiennes déterminées, le droit de l'accusé à ce que le procès se déroule dans sa langue maternelle.

Abstraction faite de ces réglementations spécifiques, l'article 143 du Code de procédure pénale (en harmonie avec l'article 6 alinéa 3, lettre e) de la Convention européenne pour la sauvegarde

des droits de l'homme et des libertés fondamentales) reconnaît à l'accusé qui ne connaît pas la langue italienne le droit de se faire assister gratuitement par un interprète afin de comprendre l'accusation formulée à son encontre et de suivre l'accomplissement des actes auxquels il participe. On considère que cette réglementation trouve son fondement dans le droit de la défense, que l'article 24 alinéa 2 de la Constitution reconnaît comme inviolable à tous les degrés de la procédure : à cet égard, la Cour constitutionnelle est intervenue de façon répétée pour permettre la pleine réalisation du droit de la défense en faveur de l'accusé qui ne connaît pas la langue italienne.

Une disposition législative qui ne reconnaît pas à l'accusé étranger le droit de se faire assister d'un interprète serait donc illégal selon l'ordre juridique italien, et on serait par conséquent, face à une violation de la défense dans le cas où le Tribunal n'aurait pas prévu de nommer gratuitement un interprète afin de permettre à l'accusé étranger qui ne connaît pas la langue de l'Etat dans lequel se déroule le procès de s'exprimer dans sa propre langue.

4. Concernant le statut des juges et, en particulier, la violation du principe d'indépendance en raison du fait que les juges du Tribunal sont nommés par le pouvoir politique et que leur statut juridique est déterminé et contrôlé par le Gouvernement, cette situation serait en contradiction radicale avec l'ordre juridique italien. La Constitution italienne reconnaît en effet le principe de la totale indépendance de tous les magistrats vis-à-vis du pouvoir politique, qu'ils exercent leur fonction en tant que juge du siège ou du parquet. L'article 104 établit en particulier que la magistrature constitue un ordre autonome et indépendant de tout autre pouvoir (l'indépendance externe), en attribuant la compétence exclusive quant au statut juridique des magistrats (entrée dans la carrière, attribution des fonctions et des sièges, mutations, promotions, mesures disciplinaires) au Conseil supérieur de la magistrature (article 105), organe d'autogouvernement formé pour deux tiers de magistrats élus par tous les magistrats ordinaires et pour un tiers de membres laïcs élus par le Parlement en séance commune parmi les professeurs universitaires dans les matières juridiques et les avocats.

Aux côtés de l'indépendance externe, la Constitution italienne reconnaît en outre l'indépendance interne, en établissant que les magistrats se distinguent seulement par la diversité de leurs fonctions (article 107 alinéa 3), de façon à garantir aussi l'indépendance du juge contre toute forme de subordination hiérarchique vis-à-vis des chefs de bureau ou des juges de degré supérieur.

5. Le fait que l'un des juges du Tribunal ait exprimé, en privé, des opinions racistes, pourrait donner lieu à une hypothèse de récusation pour violation de la garantie d'impartialité du juge, dans les cas où ces opinions ont été exprimées en référence spécifique à l'objet du procès et, tout au moins, au type de cause que le juge est appelé à juger. L'article 37 du code de procédure italien établit en effet que le juge a l'obligation de s'abstenir, et peut être récusé par les parties, s'il a manifesté son avis sur l'objet de la procédure hors de l'exercice de ses fonctions judiciaires. Dans le cas où l'on ne vérifierait pas cette hypothèse spécifique, le fait d'avoir manifesté des opinions racistes devrait de toute façon conduire le juge du Tribunal à s'abstenir en raison de "graves raisons de convenance" (article 36 alinéa 1 lettre h) du code de procédure pénale), n'étant plus en mesure d'exercer ses fonctions dans ce procès dans les conditions d'impartialité requises. Il ne fait pas de doute que la situation avancée devrait impliquer à la charge du juge des aspects de responsabilité disciplinaire.

6. Le fait que l'avocat de la partie adverse soit le mari de l'un des juges du Tribunal représente dans l'ordre juridique italien une hypothèse de récusation (article 37 du code de procédure pénale), si ce même juge n'a pas pourvu à s'abstenir au sens de l'article 36 alinéa 1

lettre b) du même code, puisqu'il est évident que le principe de l'impartialité du juge est violé, tout au moins quant à l'aspect selon lequel le juge doit non seulement être, mais aussi apparaître impartial aux yeux des parties et des tiers. Pour prévenir cette situation, l'article 18 de l'organisation judiciaire italienne établit que le juge ne peut pas exercer les fonctions juridictionnelles dans une affaire où les parents jusqu'au second degré ou le conjoint exercent la profession d'avocat.

7. Le fait que la convocation au Tribunal ne soit parvenue à l'accusé que 48 heures avant l'audience constituerait, dans l'ordre juridique italien, une violation du droit de la défense (article 24 de la Constitution), l'accusé n'ayant pas eu suffisamment de temps pour préparer sa défense. Une seule exception pourrait avoir lieu dans le cas où l'accusé aurait été arrêté en flagrant délit : il pourrait alors être directement conduit à l'audience dans les 48 heures de son arrestation.

8. Enfin, si l'accusé n'a pas eu accès à un rapport final produit par le ministère public, seraient alors violés les principes constitutionnels de l'égalité entre l'accusation et la défense, c'est-à-dire de l'égalité des armes (article 3 de la Constitution), et de l'inviolabilité du droit de la défense (article 24), sous l'aspect relatif au principe du contradictoire entre les parties, pour cela qui concerne le droit de la défense de s'opposer, de façon contradictoire, aux conclusions de l'accusation portées devant le juge.

9. En conclusion, à la lumière des principes constitutionnels et de la réglementation du Code de procédure pénale italien, ainsi que de la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le procès en examen ferait apparaître sous de multiples aspects la violation du droit de l'accusé à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial.

Le principe de l'indépendance du Tribunal par rapport au pouvoir politique serait violé quant à la désignation et au statut des juges.

Quant à l'aspect procédural, seraient violés le principe de l'impartialité du Tribunal en raison du fait que l'un de juges est l'épouse de l'avocat de la partie adverse et qu'un juge a exprimé en privé des opinions racistes (si ces opinions se réfèrent directement ou indirectement à l'objet de la procédure), ainsi que le droit de la défense, pour de nombreuses raisons : le Tribunal n'a pas pourvu à la nomination d'un interprète pour l'accusé, afin de lui permettre de s'exprimer dans sa langue maternelle; l'accusé n'a pas eu le temps de préparer sa défense et n'a pas pris connaissance du rapport final produit par le ministère public.

### **Le droit à un procès équitable dans le droit national italien**

1. Le droit à un "procès équitable" ne trouve pas, dans l'ordre juridique italien, une énonciation expresse, ni dans la Constitution, ni dans aucune loi ordinaire. Par ailleurs, la loi de délégation du 16 février 1987, n°81, par laquelle le Gouvernement a été délégué pour élaborer un nouveau Code de procédure pénale (ensuite entré en vigueur en 1989), prévoyait dans son article 2 que le nouveau Code "doit réaliser les principes de la Constitution et s'adapter aux normes des conventions internationales ratifiées par l'Italie et relatives aux droits de la personne et au procès pénal". Il est donc ainsi également rappelé la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ainsi que ses Protocoles), dans lesquels sont contenus (en particulier dans les articles 5 et 6) d'express rappels au "procès équitable" et aux principes qui en assurent la réalisation.

Le lien direct entre le droit à un “procès équitable” et les dispositions de la Convention européenne est rendu évident par une récente proposition de loi de révision constitutionnelle, actuellement discutée devant le Parlement, destinée à insérer expressément dans l’article 111 de la Constitution les principes du procès équitable, avec une référence particulière à l’article 6 de la Convention européenne. Est affirmé dans la proposition de loi constitutionnelle le principe selon lequel “la juridiction se réalise à travers le procès équitable réglementé par la loi”, pour préciser ensuite que “chaque procès se déroule suivant le contradictoire entre les parties, dans des conditions de parité devant un juge tiers et impartial” et que “la loi en assure la durée raisonnable”. En particulier, concernant le procès pénal, est affirmé le droit de la personne accusée d’une infraction d’être informée dans les plus brefs délais de la nature et des motifs de l’accusation, d’interroger ou de faire interroger devant le juge les personnes qui font des déclarations à charge, d’exercer à sa défense le droit à la preuve dans les mêmes conditions que l’accusation, d’être assistée d’un interprète si elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue utilisée dans le procès. Enfin, toujours en référence au procès pénal, le principe du contradictoire dans la formation de la preuve est affirmé.

2. Même si le “droit à un procès équitable” n’a pas encore été expressément inscrit dans la Constitution italienne, de nombreuses décisions de la Cour constitutionnelle se sont prévaluées du principe du procès équitable, en matière civile et en matière de procédure collective et, surtout dans la dernière décennie, en matière de procès pénal. La Cour constitutionnelle a parfois déduit l’existence du principe du procès équitable en matière pénale de droits et garanties fondamentales prévus par la Constitution, tels la protection des droits inviolables de l’Homme (article 2), le principe d’égalité entre l’accusation et la défense ou entre tous les accusés (article 3), le droit d’agir en justice et l’inviolabilité du droit de la défense (article 24 alinéas 1 et 2), la présomption d’innocence jusqu’à la condamnation définitive (article 27 alinéa 2), le principe du juge naturel prévu par la loi (article 25 alinéa 1).

Plus récemment – spécialement par rapport au droit de l’accusé d’être jugé par un juge des débats de façon impartiale et sans préjugé dû au fait qu’il se serait précédemment déjà prononcé sur le fond de l’affaire – la Cour a fait directement référence au “procès équitable” en tant que principe émanant de l’ordre constitutionnel, dont il résulte l’exigence d’éviter que l’impartialité soit altérée dans le cas où le même juge aurait déjà exprimé une évaluation de fond sur la responsabilité de l’accusé dans une phase différente de la procédure, ou bien dans une autre procédure. A partir de la sentence n°432 de 1995, la Cour constitutionnelle a étendu les hypothèses d’incompatibilité du juge des débats (et le droit qui en résulte pour l’accusé de le récuser) à tous les cas dans lesquels ce même juge avait déjà exprimé, dans une phase précédente de la procédure, des évaluations de fond sur la responsabilité de l’accusé (par exemple, en décidant à son encontre une mesure restrictive de la liberté personnelle, ou repoussant une requête de classement émanant du ministère public).

3. On peut par conséquent conclure que le “droit à un procès équitable” n’a pas encore trouvé en Italie, tout au moins sur le terrain législatif, une reconnaissance formelle en tant que principe fondamental du procès, alors que, sur le terrain de la jurisprudence constitutionnelle, le droit à un procès équitable s’est progressivement affirmé comme une règle générale déductible soit des contenus d’autres principes constitutionnels spécifiques (protection des droits inviolables de l’homme, inviolabilité du droit de la défense, égalité entre les parties, présomption d’innocence jusqu’à la condamnation définitive, principe du juge naturel prévu par la loi [article 25 alinéa 1], indépendance – et donc impartialité – du juge, autonomie de la magistrature – concernant sa position institutionnelle – vis-à-vis de tout autre pouvoir [article 104 alinéa 1]), soit d’institutions déjà visées dans le Code de procédure pénale, ou bien comme principe émanant de l’ordre juridique, dont résultent des garanties procédurales même si elles ne sont pas

expressément énoncées par la Constitution, comme, par exemple, l'impartialité et le caractère tiers du juge.

4. A la suite de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, le rappel du principe du "droit à un procès équitable" est devenu plutôt fréquent même parmi les juges ordinaires, qu'ils soient juges du fond ou de la légitimité, surtout dans les ordonnances qui soulèvent des questions de légitimité constitutionnelle devant la Cour en matière de procès pénal, mais aussi en matière civile et administrative.

5. Par rapport au procès pénal, le droit à un procès équitable trouve application dans toutes les phases de la procédure, tout au moins sous la forme de la réalisation de l'inviolabilité du droit de défense et de l'impartialité du juge ; concernant le principe d'égalité entre l'accusation et la défense, le Code de procédure pénale italien tend à assurer l'égalité des armes dans la phase des enquêtes préliminaires, à travers la reconnaissance de la faculté de l'avocat de l'accusé de mener des interrogatoires défensifs, en vue du plein exercice du droit à la preuve dans des conditions d'égalité avec l'accusation.

6. Quant à l'application du principe du procès équitable à des organes qui, même sans être formellement des tribunaux, exercent des fonctions juridictionnelles, le problème ne se pose pas dans l'ordre juridique italien. En Italie la fonction juridictionnelle est en effet attribuée exclusivement aux organes de justice ordinaire, institués et réglementés par les normes sur l'organisation judiciaire, et aux autres organes de la justice administrative, comptable et militaire expressément prévus par la Constitution (articles 102 et 103 de la Constitution).



**MALTA**

**I. DEFINITION AND LEGAL FORCE OF THE RIGHT TO A FAIR TRIAL**

- 1. Is the right to a fair trial enshrined in a legal instrument ? The Constitution ? A law ? A regulation ? If so, since when ? On what occasion was it introduced ?*

The right to a fair trial is enshrined in the Constitution of Malta which was enacted by the Malta Independence Order, 1964. This instrument actually incorporated the Independence Constitution which contains a bill of rights enforceable by local courts.

Even before the enactment of the Constitution, fundamental rights were guaranteed to an individual charged with a criminal offence. The Criminal Code was promulgated in 1854, and is remarkable for the liberal protection afforded to the person charged or accused. In this respect reference is made to the following provisions of the Criminal Code by way of example:

- i. Article 454(4): Where the accused does not simply plead that he is guilty to the charges, another answer, or his silence, shall be deemed as a plea of not guilty. This provision is in line with the rule that the prosecution has to prove the facts alleged against the accused, and the latter on his part need not even utter a word in his own defence as he does not have to prove anything;
- ii. Article 489: During a trial, previous convictions of the accused are not to be disclosed to the jury;
- iii. Article 518: The acts and documents of the courts of criminal justice shall be accessible to the accused;
- iv. Article 519: It is the duty of the courts of criminal justice to see to the adequate defence of the parties charged or accused;
- v. Article 527: A person cannot be tried more than once for the same fact;
- vi. Article 531: Sittings are to be held in open court except if conducted in public, they might be offensive to modesty, or might cause scandal;
- vii. Article 570: An accused who does not have the financial means to defend himself may request that he be assisted by the Advocate for Legal Aid, who shall gratuitously undertake the defence of the accused.
- viii. Article 634: The accused may give evidence at his own request. The failure of the accused not to tender evidence shall not be made the subject of adverse comment by the prosecution.
- ix. Article 639: Evidence tendered by an accomplice against the accused shall not suffice on its own, unless the evidence of the accomplice is corroborated by other circumstances;
- x. Article 646: Witnesses are to be examined in court and *viva voce*.

On the 19<sup>th</sup> August 1987, the European Convention on Human Rights became part of Maltese law when the **European Convention Act** came into force. This legislation was, "*An Act to make provision for the substantive articles of the European Convention on Human Rights for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, to become and be enforceable as, part of the law of Malta*".

It is pertinent to note that the Constitution does not define what constitutes a fair trial. However, there are a number of requirements which are to be observed:

- i. *Nemo iudex in causa propria and audi alteram partem;*
  - ii. Equality of Arms;
  - iii. A judgment has to be reasoned and must contain motivations;
  - iv. The right of the parties to the proceedings to be present.
2. *If this right is not mentioned in the Constitution, is it nevertheless upheld by the courts? The Constitutional Court ? Civil Courts ? Criminal Courts ? Administrative Courts ? Since when ? Is there any opposition to this right ? On what ground(s) have the courts upheld this right ?*

Not applicable as the right to a fair trial is enshrined in the Constitution.

3. *What is the legal force of the right to a fair trial ? Is the principle of the right to a fair trial a fundamental principle ? Does it have force equal, superior or inferior to that of statutory legislation ? Is it an ideal which needs defending ?*

The principle is so fundamental that it is enshrined in Article 39 of the Maltese Constitution. The Constitution is the supreme law of the law and, "*if any other law is inconsistent with this Constitution, this Constitution shall prevail and the other law shall, to the extent of the inconsistency, be void*" (Article 6). Thus, the provision has force which is superior to that of statutory legislation. Furthermore, an amendment to this provision may only be introduced by the House of Representatives where at the final voting on a bill for an Act of Parliament is supported by the votes of not less than two-thirds of all the members of the House.

So fundamental is the right to a fair trial, that in a judgement delivered by the Constitutional Court in the case *Lawrence Cuschieri v. Hon. Prime Minister et al* (6<sup>th</sup> April, 1995), the Court envisaged the possibility that the Constitutional Court commits a breach of an individual's right to a fair hearing. The Court declared that Article 6(1) of the European Convention not only contains procedural guarantees in relation to judicial procedure, but also grants a right to judicial procedure. This Article creates a substantive right for a fair trial, which must necessarily be protected in all proceedings in any court, which is determining an individual's civil rights and obligations. This judgement did away with the notion that the Constitutional Court did not determine an individual's civil rights and obligations, and that it is only concerned with constitutional rights, in that it decides on issues as to the compatibility with the Constitution of any acts or measures by public authorities in the exercise of public power.

4. *Is the right to a fair trial an autonomous right or does it depend on other rights, such as the right to access to the courts, the right to independence and impartiality of the courts, the right to object to a particular judge, etc ?*  
*Are these rights inferred from the right to a fair trial and, if so, by whom ? Or do they exist as such in a legal instrument and, if so what kind of legal instrument ?*

The right to a fair trial is an autonomous right. However, it absorbs other elements explicitly mentioned such as:

- i. Independent and impartial court - Article 39 of the Constitution.
- ii. Reasonable Time – Article 39 of the Constitution.
- iii. Proceedings of every court and proceedings which relate to the determination of the existence or the extent of a person's civil rights or obligations are to be held in public – Article 39 of the Constitution.
- iv. Being informed in writing, in a language which one understands and in detail, of the nature of the offence charged; granting of adequate time and facilities for the preparation of one's defence; facility to examine in person or by one's legal representative witnesses called by the prosecution before any court – Article 39 of the Constitution.
- v. Objecting to a particular judge – Articles 733 – 740 of the Code of Organization and Civil Procedure (Chapter 12 of the Laws of Malta).

## **II. THE RIGHT TO A FAIR TRIAL IN PRACTICE**

1. *Is the right to a fair trial frequently claimed before the constitutional, administrative, criminal or civil courts ?*

*Is it a ground involving public policy, which the court may raise of its own motion during proceedings ?*

There have been various judgments which dealt with the principle of the right to a fair trial. In this respect reference is made to a number of principles established by the local courts:

- i. The House of Representatives is not an independent and impartial court or tribunal to try individuals for contempt in its respect;
- ii. Members of the police force are not to be appointed as court experts to give opinions to the court as they form part of the Prosecution.
- iii. In extradition proceedings the principle of the right to a fair trial is applicable;
- iv. A procedural irregularity by the Criminal Court of Appeal which delivered judgment when the case was postponed for the parties to make their final submissions.
- v. A provision of law barring lawyers, who were also Members of Parliament, from assisting an accused in certain cases was held to be unconstitutional. The Court held that

this provision constituted a breach of the accused's right to a fair hearing since it prohibited him from being represented by the lawyer of his choice.

The right to a fair trial is a ground of public policy and may be raised by the court of its own motion. Thus, there were instances where the Court of Appeal annulled judgments due

2. *What is the scope of the right to a fair trial?*

*Does it apply to all cases or only to certain cases and, if the latter, which ones ?*

Article 39 of the Constitution guarantees a fair trial with respect to proceedings concerning the determination of the existence or the extent of civil rights or obligations which are instituted before "a court or other adjudicating authority". An important feature of an adjudicating authority is that it must be competent to take legally binding decisions; the capacity to make recommendations or give advice is not enough. Although such authority has other functions (example – administrative) does not prevent it being an adjudicating authority when exercising a judicial function.

Thus, for example in the case *Antonia Bartolo proprio et nomine v. The Hon. Prime Minister et al* (29<sup>th</sup> April, 1996), a board of inquiry was set – up by the Minister of Transport following the disappearance of an a Maltese registered aeroplane en route to Malta. Applicants alleged that the tribunal was not impartial and independent, and alleged a breach of their fundamental human rights as protected by Article 6(1) of the European Convention and Article 39(2) of the Constitution. The Board of Inquiry was set in terms of the Civil Aviation (Investigation of Accidents) Regulation 1956. The Constitutional Court argued that the functions of the Board of Inquiry were merely investigative. The final report could not affect any of the interested parties, and the Minister could very well ignore the conclusions reached therein. However, the report could be relevant where the Minister decides to take certain measures on the conclusions reached, either personally or on an administrative level through one of the organs of the State. However, in such an eventuality, the interested party would still be entitled at law to request the judicial review of such administrative action. This in itself was considered as a safeguard for ensuring a fair hearing in front of an impartial and independent tribunal. The same would apply if following the report criminal proceedings are instituted against any party. The report can in no way prejudice the accused who enjoys all the necessary safeguards entrenched in the Constitution, the Convention and the Criminal Code. The Court held that the tribunal did not have the attributes of delivering a binding decision which could be altered by a non – judicial authority

3. *Does the right to a fair trial apply to all stages of the case (committal proceedings, trial)?*

The law does not distinguish between the committal stage and the trial. Thus, the principle of the right to a fair trial applies to all stages of the proceedings.

4. *Does the right to a fair trial apply only to courts or does it also apply to any other authority which, although it is not an official court, carries out judicial function?*

The principle is not only applicable to courts. It is a fact that many decisions that are determinative of an individual's civil rights and obligations are taken by the executive or some other body. In such instances the principle of the right to a fair trial is applicable.

## **Practical Example**

(i) **Composition of the Court:** The Maltese Constitution stipulates that a person shall not be eligible to be appointed as a judge if he has not practised as an advocate in Malta for a period of twelve years (Article 96(2)). Thus, if the judgment was delivered by judges who were not "*professional judges*", the judgment would certainly be null and void. The possibility of having a foreign judge is, excluded by law. Article 81 of the Code of Organization and Civil Procedure (Chapter 12 of the Laws of Malta) stipulates that no person is entitled to obtain the warrant to exercise the profession of advocate unless he is a citizen of Malta. Since judges are appointed from practising advocates in Malta, a foreigner is not eligible for appointment to this office.

(ii) **Language:** Maltese is the official language used in judicial proceedings. However Article 39(6) of the Constitution guarantees that every person charged with a criminal offence is to be "*permitted to have without payment the assistance of an interpreter if he cannot understand the language used at the trial of the charge*".

Similarly, Article 516 of the Criminal Code (Chapter 9 of the Laws of Malta) provides: "*Where any person charged does not understand the language in which the proceedings are conducted or any evidence is adduced, such proceedings or evidence shall be interpreted to him either by the court or by a sworn interpreter*".

Where the applicant proves that the court did not permit him to give evidence in his mother language, although not being fully conversant with the Maltese language, that could very well be a feature of the trial which would lead the Constitutional Court to conclude that there had not been a fair hearing. Such an order would not necessarily mean that the court was not independent and impartial. Furthermore, emphasis would also be placed on whether or not during the trial the applicant had expressly requested to submit his evidence in his mother language.

However, where the accused understands and speaks the language used in court, he cannot insist upon the services of an interpreter to allow him to conduct his defence in another language, for example the language of an ethnic minority of which he is a member.

(iii) **Independence of Judges:** Under Maltese law judges are appointed by the President acting in accordance with the advice of the Prime Minister (Article 96). However, this does not mean that a judge's independence is tainted and appointment by the executive is permissible, indeed normal. Once a judge is appointed he enjoys security of tenure till the age of sixty-five, and may only be removed by the President upon an address of the House of Representatives supported by the votes of not less than two-thirds of all the members. Removal from office is restricted on the ground of proved inability to perform the functions of his office (infirmity of body or mind or any other cause) or proved misbehaviour. This provision serves as a guarantee against outside pressures. The law ensures that the court can base its decision on its own free opinion about facts and legal grounds, without any commitment to the parties or the public authorities. Furthermore, its decision is subject to review by an authority which is independent in the same sense.

(iv) **Racist remarks:** The passing of racist remarks by a judge in private, if proved, may serve as a basis for declaring the judgment null and void due to lack of impartiality. The presumption is in favour of impartiality, and the aggrieved party is to prove actual bias on the part of the judge. It will be possible to conclude that a judge is biased when this becomes quite clear from his attitude during the course of the proceedings or from the content of the judgment. It would also be necessary to prove that the judge passed such remarks. Furthermore, it is an established

principle that justice must not only be done but it must also be seen to be done. Surely, the confidence which courts should inspire in the public and the accused, will be seriously tainted under such circumstances. Although the view of the accused party is relevant as to whether the court was impartial, such is not a decisive factor. It would appear that the complaint would not be upheld where there is no correlation between the extradition proceedings and the racist remarks which the judge made in private.

Furthermore, if the applicant was aware of these remarks prior to the judgment, it was open to him to challenge such remarks. The fact that applicant did nothing, and disregarded the problem at that stage, substantially weakens his submissions.

(v) **Legal Representation:** In terms of Maltese law the fact that a lawyer is the husband/wife of a presiding judge, is a valid reason for a judge to abstain or be challenged from sitting in a cause. In this regard Article 734 of the Code of Organization and Civil Procedure (Chapter 12 of the Laws of Malta) stipulates that a judge may be challenged or abstain, "*if the advocate or legal procurator pleading before a judge is the son or daughter, spouse or ascendant of the said judge*".

The same principles applicable under paragraph (iv) would apply in this case.

## PRACTICAL EXAMPLE – SUMMARY OF THE DISCUSSIONS

(Note: the sheer volume of the proceedings prevents us from reproducing them here *in extenso*. Only the salient features and outstanding national characteristics are included in the present summary therefore. For more detailed information about countries which are not mentioned in any given section, see the written national reports).

### ***\* Point 1: A foreign judge was on the bench, and some of the judges were not professional judges***

The nationality of the judges who make up the constitutional court does not pose any real problems from a legal point of view. In many states (Austria, France, Italy, Spain, Ukraine), judicial office is normally reserved for nationals, since the act of passing judgement is seen as an expression of state public power.

There are, however, a few exceptions to this rule. Some states (Andorra, Croatia or Liechtenstein) recruit foreign nationals as judges. In the case of Andorra, this practice has its roots in the particular history of the country, which for many years was ruled jointly by Spain and France. As a result, Andorra's highest court now comprises both Spanish and French judges, while Liechtenstein's is composed largely of Austrian and Swiss judges. Likewise, but for different reasons, the constitutional court of Croatia comprises judges of various nationalities. More precisely, international advisers assist the court in cases concerning the rights of national minorities, in accordance with the recommendations of the Venice Commission and the commitments entered into by Croatia when it joined the Council of Europe. Finally, in France, the principle according to which judicial functions may not be conferred on foreign nationals may be derogated from to the extent required for the implementation of an international commitment and on the condition that national sovereignty is not undermined. Constitutional Council decision No 98-399 D.C. of 5 May 1998, for example, allowed a representative of the UN High Commission on Refugees to sit on the "commission nationale de recours des réfugiés".

The composition of the court also raises the issue of judges' training. In the majority of European states, only professional judges can exercise judicial functions. The professional status of judges is regarded as a guarantee of their independence (Italy, Ukraine, Spain, France). In some states, in order to become a judge, one first has to pass a competitive exam, enabling one to enter legal service training college (France, Italy, Spain). Judicial appointments and promotions are regulated by a judicial service commission. Other states, by contrast, leave judicial appointments to the public authorities (the executive or parliament) and have no judicial service commission (Ukraine, Russia). There appear to be some similarities in terms of the requirement as to judicial impartiality: the independence of the judiciary requires that serving judges abstain from membership of party or trade union organisations and that their status shield them from any political pressure (Czech Republic, Slovakia, Spain, Austria).

### ***\*Point 2: the complainant was not allowed to express himself in his mother tongue***

The problems relating to the language of the proceedings are not just a matter of technicalities but stem, more widely, from fundamentally opposed ideas about the role played by language in constitutional systems.

As regards the technical aspect of the matter (the fact that the complainant was not allowed to express himself in his mother tongue), the various speakers agreed on two points. First of all, under the principle of fair trial, there are two requirements as regards the language of the

proceedings. The person being tried must understand what it is he is being accused of. And he must also have an opportunity to express himself. In this respect, the right to have an interpreter in cases where the person does not know the language (or one of the languages in the case of states like Finland which have 2 official languages) is widely recognised in all legal traditions. In Romania, the Constitution provides that citizens belonging to national minorities who do not understand or speak Romanian have the right to an interpreter during a hearing; in criminal cases, an interpreter is provided free of charge. This right to be able to express oneself within the framework of the proceedings is, secondly, recognised as a constitutional principle (most notably in Italy, in Slovakia and in Spain, where it is a fundamental right). Without it, neither the adversarial principle (E.C.H.R.) nor the requirements of the rule of law can be said to have been observed (France).

This acknowledgement of the right to have an interpreter poses a number of practical problems, however, which were mentioned by the Czech and Slovak representatives: should the person on trial be able to choose and dismiss his interpreter? How can one be certain of the quality of the interpreting when the person on trial does not have a good command of the official language and the court has no way of ensuring that the interpreter's translation is correct?

Apart from the technical problems, the issue of language obviously has strong symbolic overtones. Some firmly maintain that language is a constituent part of state sovereignty. In France, for example, Article 2 of the Constitution states that "The language of the Republic is French." This provision has been interpreted by the Constitutional Council to mean that French must be used in public acts, including legal proceedings. More numerous are those who cite states' ratification of the European Charter for Regional Languages. This recent development underlines the wide range of languages commonly used in mainland Europe and shows that the issue of the language of proceedings is not necessarily connected with the question of sovereignty (Spain).

***\*Point 3: the judges had been appointed by the government and their salaries were also fixed by the government***

The organic link between the courts and the executive raises the issue of the independence of the judiciary (Italy, Spain). There are various ways of ensuring this independence, depending on the established legal traditions.

As a general rule, judges are appointed by the government on a proposal from a senior council (Bulgaria, Spain, France, Italy, Sweden, Finland) or a committee of higher courts (Germany, Austria). In Ukraine, bringing charges and trying cases are two separate functions. The magistrates who bring the charges do not have the same status as those who sit in judgment and are different from the prosecutors. The latter are state officials. They are appointed by the President with the prior approval of parliament. In Albania, the High Court and Constitutional Court judges are appointed by the President of the Republic with the approval of parliament. The other judges are elected by a judicial council. In Romania, judges are appointed by the President of the Republic, on a proposal from a neutral body, the judicial service commission, composed exclusively of judges and prosecutors. In France and Spain, a judicial service commission is responsible for ensuring the independence of the judiciary. This commission is consulted about judicial appointments and promotions and exercises disciplinary power within the judiciary. Members of the public prosecution department, meanwhile, are, to differing degrees, dependent on the executive and, more specifically, the Minister of Justice. In Spain, the Prosecutor General comes under the executive, while in Bulgaria, there is no difference between prosecutors and judges. In Switzerland, the independence of the judiciary is ensured by a



process of parliamentary election. The judge is an expression of popular sovereignty. He is elected for a limited period. In Italy, the independence of both the judiciary and the prosecution service is guaranteed by the judicial service commission, which has exclusive competence in respect of appointments, promotions and disciplinary measures.

As a rule, judges should keep their political views to themselves. This principle, as embraced by France and Italy, means that passing judgement must be seen as a neutral act, detached from political concerns. Switzerland, however, is somewhat unusual in this respect. Judges here are nominated for office by a political party, at both national and local level. Once elected, a judge may remain a member of the political party that nominated him. A judge is a citizen. And there are no formal conditions which must be met in order for a citizen to become a member of the judiciary.

***\*Point 4: one of the judges made xenophobic (racist) remarks in private***

At issue here is the judge's impartiality vis-à-vis his political or personal commitments and opinions. The practical example does not specify how the defendant learnt of the judge's racist remarks, the nature of the remarks or the context in which they were made. This lack of precision may cause problems when it comes to assessing the facts, particularly in terms of the evidence adduced during the hearing, but it is not a bar to discussing the matter.

There is no doubt that racism is an offence, variously punished by states according to a specific procedure. In this particular case, however, the allegation concerning racist remarks made by the judge is rather more tricky. The remarks in question do not seem to have been made in public, or via the press, and are thus of a confidential nature which is difficult to judge because they did not, in principle, have any immediate repercussion on the trial. A number of finer points ensue from this. Firstly, it is difficult to prevent a judge from having his own opinions as a citizen or even just as a human being. Indeed, some countries such as Switzerland, where the majority of judges are elected by the people or parliament, have no objection to judges expressing themselves openly, changing their views or engaging in public social, political or religious activities. These opinions are not seen as an obstacle to the business of trying cases. What matters is that the remarks should not have been made by the judge in connection with his official duties or during the proceedings, with reference to the defendant, for example (Italy).

In other countries, judges are free to entertain whatever personal opinions they wish provided they do not express them in public, even in an unofficial context, so as to avoid casting doubt on the judge's impartiality. This is the principle of the "appearance of judicial impartiality", as contained in the concept of fair trial (Cyprus, Spain, France or Lithuania, for example). Making racist remarks thus equates with a "flagrant lack of intelligence" and may lead to an immediate response or penalty (Austria, Netherlands, etc.). The public expression of an opinion, however, does not necessarily mean that the judge is biased in the proceedings in question.

There are no easy answers to this question, therefore, either because such cases are unknown in some countries (the Netherlands), or because in order to examine the situation properly, one would have to know more about the background. The notion of the "appearance of impartiality" would certainly seem to suggest that the judge should withdraw (E.C.H.R.), in order to preserve the credibility of the judicial system and public confidence in the courts. The judge should in that case either withdraw of his own accord, or comply with the wishes of the president of the court if the latter feels propriety demands that the judge be removed from the case (Italy). A party can also object to the judge but if it fails to do so with full knowledge of the facts, it forfeits the right to do so later on. Sanctions may also be imposed by the national judicial

service commission, or via other channels. In France, for example, a preliminary inquiry was instituted by the Paris public prosecutor's office against a Court of Cassation judge who had expressed in a trade union journal what were perceived as antisemitic sentiments, and the Minister of Justice called on the Judicial Service Commission to take disciplinary action.

***\*Point 5: the other party's lawyer was the husband of one of the judges***

The marital bond between a judge and the lawyer of one of the parties is clearly recognised in all countries as grounds for the other party to challenge the judge in question. Such is the remedy provided for in Article 37 of the Italian Code of Criminal Procedure or in Article 20.2 of the Austrian *Juridiktionsnorm*, for example. The countries which have incorporated the E.C.H.R. into their domestic legislation do not all have explicit national provisions on the subject (Finland), but cases of this kind are nevertheless covered by Article 6 of the Convention. Note that mere cohabitation or an intimate, manifest relationship between a judge and a lawyer involved in the proceedings may elicit the same response (Spain).

Some countries manage to avoid the problem by prohibiting a judge from serving in the same judicial district as his lawyer spouse (e.g. Italy, Moldova, Cyprus, Spain, Norway), and this ban, which sometimes applies directly to the lawyer, can even remain in place for up to 3 years after divorce (Moldova). This kind of safeguard against judicial bias applies to other judge-lawyer relationships as well. In Italy, for example, a judge cannot serve in the same judicial district as a member of his family, up to the second degree of kinship. Likewise, "close friendship" (Spain) or "manifest friendship or intimacy" (France) are grounds for objecting to the judge. Similar solutions are provided for in other legal systems.

Apart from the question of close relationships between judges and lawyers, a member of the court can also be challenged if there is any suspicion that he might be biased in the proceedings. In France, for example, a judge was forced to withdraw because he came from the family of one of the victims of the defendant (the Papon trial), while another was relieved of his duties after he fell in love, during a case, with a prostitute involved in the proceedings. Likewise, the fact that the judge has a financial connection with one of the parties, whether he is his employer or his guardian's employer, or whether there is a manifest conflict of professional interests, is another ground for objection. This requirement can extend to his friends and associates, moreover, in that a judge can be challenged if a member of his family is employed by, or is the employer of, one of the parties (Italy). There are, then, any number of instances where a judge can be challenged.

Some countries have managed to draw up a precise list of objective grounds for such action (France, Italy, Norway, Ukraine). All of them, however also have a wider provision encompassing the more subjective factors which need to be taken into account. This is true of Italy, for example, where a judge can be forced to withdraw on "reasonable grounds of personal propriety" or Ukraine where not only the judge can be removed from a case but also any prosecutors, associate judges, experts, registrars or examining magistrates "directly or indirectly involved in the proceedings". As has already been observed, however, the fact that a judge has formed a "close friendship" with a lawyer does not necessarily mean he will be biased, and this judge may feel, with good reason, that there is no need for him to step down. Is impartiality, then, a matter of law, regulations or ethics? The European Court of Human Rights circumvents the problem with the notion of the "appearance of impartiality". Not only must the judge actually *be* impartial according to certain formal criteria, but, most importantly, he must be *seen* to be impartial. He can therefore be forced to withdraw even if accusations of bias are not proven. At stake is the credibility of the justice system itself. Thus, the mere fact of having

written an article stating his opinion in one type of case may create doubts about his impartiality in another similar case, where he might be suspected of harbouring prejudices.

It is interesting to note, however, that in every instance where the impartiality of the proceedings is called into question, it is only ever the judge who must withdraw, and not the lawyer or prosecutor. This is because the impartial proceedings rule applies chiefly to the authority responsible for passing judgment, and not to the other parties.

Once the judge's impartiality has been called into question, there are several ways in which he can be removed from the case. The first has to do with judicial ethics and the basic trust vested in the judge, and involves him voluntarily withdrawing from the proceedings. Mindful of the bounds of his impartiality, the judge is thus expected to abstain of his own accord and to withdraw from the proceedings with the agreement of the president of the tribunal or court. If he does not step down of his own volition, the president can ask him to do so in a more official manner, so as to avoid tainting the judgment with any doubt that might undermine the credibility of the judiciary. Such procedures exist in all countries. Under the Spanish Constitution, furthermore, the prosecutor has a responsibility to preserve the impartiality of the proceedings, and so he too can ask the judge to step down. If withdrawal, whether voluntary or requested, fails to take place and if the judge's impartiality is still in doubt, the parties to the proceedings can challenge the judge by filing an explicit request during the proceedings. Refusals are subject to appeal. The judgement can also be contested later in the High Court on the ground that the judge was biased, after the judgement has been delivered. In some countries, however, if a party has not pleaded judicial bias during the initial proceedings, it cannot do so later at the appeal stage (eg Spain, Austria). This solution has been upheld by the European Court of Human Rights.

There is one final point to be made here, concerning the factors taken into account when discussing the judge's racist remarks. Does the requirement for judicial impartiality effectively mean that judges must hold their tongues and keep their private lives entirely separate from their work, or does it not, on the contrary, call for public disclosure of judges' opinions and connections? After all, just because a judge maintains a discreet silence does not mean that, deep down, he does not harbour biased opinions or have personal connections which the parties know nothing about yet which are a determining factor in the outcome of the case. If, on the other hand, the judge is open about his opinions and connections, the impartiality or otherwise of his decisions will be that much easier to determine and monitor. Besides, it is difficult for a judge *not* to have a private life, personal opinions, etc. and some countries are perfectly willing to own that a judge can engage in public activities without jeopardising his impartiality (Switzerland). By way of comparison, the international courts normally comprise at least one judge who is a national of the state being tried, thereby creating an "appearance of bias" that is nevertheless a guarantee of proper decision-making. The question remains open.

***\*Point 6: the complainant only received the summons to appear in court 48 hours before the hearing***

At issue here is the right of the defendant to be informed and the amount of time he ought to be given to prepare his defence. There are a number of distinctions which need to be made here. Firstly, all countries distinguish between criminal proceedings and civil proceedings, as does the European Convention on Human Rights. In criminal proceedings, 48 hours is normally considered too short, either because the Constitution or the law stipulates a certain minimum period (three days in Norway, for example), or because the concept of "reasonable time" as determined by the judge presupposes a longer period of preparation: eight days minimum in

Sweden and fifteen to thirty days in Italy. In civil proceedings, the issue of time-limits takes on a different hue because of the subject-matter. While time-limits are a matter for the judge to decide, and can be contested, 48 hours can generally be regarded as not violating the rights of the defence. National and European legislation tends to agree here, in that the Strasbourg Court is more flexible about time-limits in civil matters owing to the distinction made in Article 6 of the Convention.

A further distinction needs to be made according to whether the court proceedings are adversarial or inquisitorial. Quite simply, inquisitorial proceedings entail less preparation for the parties who can thus be summoned at shorter notice, whereas in adversarial proceedings, more time is needed to enable the parties to prepare their defence. This is why Italy, for example, which favours the adversarial approach, tends to insist on longer periods of notice. Likewise, when determining these time-limits, consideration must be given to the complexity of the case and the nature of the summons (ie whether it is for an initial hearing or for further information, etc.). Depending on the circumstances, 48 hours' notice may be perfectly acceptable. Finally, the problem appears in a different guise in the case of immediate court appearances for persons caught red-handed. Once he has been informed of the charges against him ("as soon as practicable" according to the Romanian Constitution), the defendant here may be summoned to appear in court within the time-limit prescribed by law (eg. within four days in Italy).

This issue of time-limits is ultimately a reflection of the party's right to be able to prepare an effective defence, and should therefore be seen as part of the wider concept of due process. The latter is in turn closely bound up with the notion of fair trial, and the two cannot easily be divorced: proceedings that do not allow the defendant enough time to prepare are effectively violating the rules of fair trial. By extension, due process also implies the right to have a lawyer, whether selected by the defendant himself or appointed by the court. All countries have procedures for appointing a lawyer to provide free legal assistance, if a party's income falls below a certain threshold. This arrangement does not always work smoothly in practice, however, such as when, for example, there is only a limited number of lawyers available in the country (Lithuania). Some countries such as Spain also provide for a lawyer to be appointed by the court irrespective of financial need, when a person is detained on terrorist charges. In such cases, moreover, the lawyer acts merely as an observer while the person is in police custody, and cannot intervene or advise the defendant, even after he has given a statement. This procedure, as accepted by the Spanish constitutional court, has yet to be referred to the Strasbourg Court for approval, however.

The concept of "due process" would also seem to imply the right of a party to keep his lawyer. Although the individual concerned naturally retains the right to dismiss his lawyer, including even once the proceedings have commenced (Moldova, for example, recently passed a law to this effect), he also has a right to keep that lawyer. This is a fundamental principle of due process. Accordingly, the president of a tribunal or court can prevent a lawyer from speaking if he is being insulting or verbally abusive or fails to conduct himself properly, but he cannot dismiss him. A French law was criticised by the Constitutional Council in 1981 because it allowed the presiding judge to expel a lawyer guilty of such behaviour, thus depriving the accused of a defence counsel. The Strasbourg Court, however, does not appear to rule out such a possibility, if the lawyer insults the court or employs extreme language. The spectacle of lawyers engaging in extreme behaviour in an attempt to buy time is one with which judges are all too familiar, moreover, and the Court allows the presiding judge to expel the lawyer in question and ask the defendant to come back with a new defence counsel.

***\*Point 7: The public prosecutor produced a final report which the complainant did not have access to***

This final report should be seen as the prosecutor's final submissions to the court before judgment is passed. Under an old continental European tradition, the prosecutor general used to be able to present the judge with his opinion on the proceedings, an opinion which often took the form of a draft decision and which was referred to as an "outline" (ie an outline of the impending judgment). This opinion was not passed on to the defence. Following two judgments by the Strasbourg Court condemning this practice, the procedure underwent major changes in most European countries. There are two possible scenarios here.

In countries such as France which still employ a written procedure at the final submissions stage, any "outline" or submission made by one party is automatically passed on to the other party. It is, however, important to distinguish between these submissions and the "notes de plaidoirie" which are a synopsis or summary of the counsel's address, and which do not have to be forwarded to the other party, since both parties are present during the oral submissions (ECHR). Most countries, however, have a purely oral procedure at this stage of the proceedings (Spain, Italy, Lithuania, Cyprus). Accordingly, there can be no question of submitting a final set of documents to the judge alone, and all the parties are notified of the submissions made during the hearing.

This aspect of the practical example does not present any particular problems, therefore: all countries eschew this practice, either because it is unworkable, in view of the oral proceedings, or because it constitutes a flagrant violation of the right of the defence to have access to all the documents relating to the case, and hence a violation of the principle of equality of arms. Nevertheless, except in trial by jury where the issue is still of some relevance, the final submissions appear to have little effect on the verdict. The professional judges are well acquainted with the case-file and are not greatly influenced by these final submissions presented at the end of the proceedings.

***General discussion on the right to a fair trial:***

**Mr D. ROUSSEAU** (France): after examining the technical problems posed by the practical example, it might be useful at this point to widen the discussion on the general philosophy of the concept of fair trial, and to look at how it is perceived from a broader legal perspective. I would thus ask you to give a rough outline of this concept and how it is applied in practice in your respective countries.

**Mr VASILESCU** (Romania): As we approach the end of this very interesting seminar, I would like to mention the old adage about not being able to see the wood for the trees. The wood, for me, is the rule of law and the trees are the fair trial. The rule of law is the finest achievement of this millennium. Having won a series of rights against the police state, with the aid of the German legal theoreticians and Carré de Malberg, and having then laid the foundations for a law-governed state, here we are today, setting the seal on the rule of law. These days, a measure of the rule of law is the strength of the judiciary. In a way, the 20th century has helped prove that Montesquieu was wrong when he claimed that the judiciary was virtually useless. Far from it, the judiciary today is one of the pillars of our legal civilisation. The right to a fair trial, therefore, is one of the most important battles for establishing the rule of law, and victory does not always come easily.

When I hear, however, that the president of a great nation has been indicted, that a prime minister has been pursued by the courts for almost twenty years or that a prefect has been jailed, I find myself wondering about the power of the judiciary. Ought we to be afraid of “rule by the courts”, whatever that may mean? Speaking for myself, I believe that “rule by the courts” is, first and foremost, the rule of law itself. It is important to understand that fair trial is first and foremost a way of equipping individuals with rights, as a bulwark against the overwhelming power of the state. This is a noble enterprise, in keeping with the highest objectives of the rule of law.

Accordingly, I believe that Article 6 of the European Convention on Human Rights is one of the most important provisions for protecting individuals in civil, criminal, administrative, commercial and other proceedings. The means afforded each individual to protect himself, his freedom, privacy and family life need to be seen in a wider context, therefore. The Strasbourg Court plays an important role here. For this right to a fair trial is first and foremost a judge-made right, and all European countries now look to the case-law of the European Court of Human Rights. Herein lurks another danger, however: rule by Strasbourg. Co-operation between the Strasbourg Court and the national courts, mainly through the Venice Commission and seminars such as this, is extremely beneficial for us, however, and helps to strengthen this keystone that is the right to a fair trial. As a judge in Romania’s Constitutional Court, I can see that this is an issue which requires lengthy debate and, from this point of view, exchanges with other countries are very important for Romania and the Romanian people.

**Mr G. BJÖRNE** (Sweden): The right to a fair trial has long been one of the cornerstones of the Swedish legal system. A few years ago, however, Sweden was found guilty by the Strasbourg Court of failing to observe this right to a fair trial, in matters relating to expropriation and administrative procedure. This prompted Sweden to incorporate, five years ago, this same Convention into its domestic law and to amend its procedures by introducing a new instrument: the legal review of administrative decisions, in civil rights matters. Now, all government or other official decisions are subject to review by the supreme court or the administrative supreme court and administrative courts of appeal. There is no denying that these reforms have enhanced the role of the courts, especially in matters which are politically or legally sensitive. The influence of the European Court of Human Rights and Community law has thus helped to greatly improve the judiciary and to firmly establish the rule of law in our country.

**Mr P. VIHERVUORI** (Finland): Finnish legal tradition is fairly similar to the Swedish tradition just described. We also have a general right whereby anyone can have an administrative decision (national or local) reviewed by a court through the legal review procedure. Many discretionary Cabinet decisions are likewise open to review by the supreme court or administrative supreme court, mainly on the basis of the Constitution or general principles of equity. The boundary between law and politics is sometimes difficult to establish, of course. To give a specific example, a single Cabinet decision in a fairly complicated case resulted in nearly 800 appeals to the administrative supreme court from landowners and lobby groups.

**Mr S. STACIOKAS** (Lithuania): Thank you for your invitation and all the work that has been done at this seminar. As we come to the end, I would like to recall something important that Mr Garrone said: “the authorities cannot create procedures which benefit only themselves, and not the rule of law”. I believe this is very important. Something else that emerged from our discussion is the fact that the fair trial rules are now universally recognised. We must not forget, however, that, when it comes to making laws, the executive and the legislature cannot always avoid making mistakes, thereby infringing the Constitution. Constitutional courts thus need to

keep a close eye on constitutional principles and the principles of fair trial. In this respect, I believe that this seminar and all the work we have done are extremely important and useful for everyone.

**Mr CHABROT** (France): I would like to point out that in France, while the fair trial rules are ever more effectively safeguarded, some doubt still hangs over the concept of equity itself. For whereas equity is held to be that element of freedom which a judge has to interpret what the laws says or omits to say, in our Montesquieu-inspired tradition, the judge is never more than a mouthpiece for the law. As such, he must refrain from giving interpretations that go beyond what is written in the statute book. Equity is thus known as “the accursed part of judging”. It would seem then that the concept of equity, understood since Aristotle in a moral sense, as a virtue worth pursuing, conflicts with the more legal rules of fair trial, which are derived from the concept of equality, equality of arms and fair trial. This conflict takes the following form: equity in the sense of a virtue lends the judge’s decisions an arbitrary quality that engenders a certain mistrust of him, whereas the fair trial rules restore this trust by setting the court decision in the framework of a procedure that, technically speaking, puts the two parties on an equal footing. But does that mean we should forget about equity in favour of the sole notion of equality of opportunity to achieve a particular outcome? Far from it, I believe there is much to be said for comparing the two concepts of “equity and “fair trial” to see whether, beyond the results which would seem to be fairly similar in all countries, they have exactly the same meaning. In other words, is the legal construct of “fair trial” strictly synonymous with “equity”, or does equity imply some additional value which the law would in that case be required to uphold?

**Mr G. NEPPI MODONA** (Italy): It is indeed important to distinguish between fair trial in the legal sense and equity in the moral sense. Our systems of written law, however, differ here from common law systems where there is perhaps more room for equity in the moral sense. To go back, then, to the legal notion of fair trial, I pretty much agree with what my colleague Mr Vasilescu had to say about the role of the judiciary over the past twenty years. The judiciary has grown substantially, and plays an increasingly major role in the political and social sphere, in all European countries.

This seminar is very important, therefore. For as the judiciary expands, it becomes all the more necessary to establish rules and safeguards for its activities. Since the judiciary is not politically accountable - which is just as well because this lack of accountability helps preserve its independence - it must find within its own system of organisation and internal operating rules some basic principles for safeguarding those on the receiving end of its attentions, particularly in criminal matters. The practical example makes it quite plain what these rules for safeguarding the right to a fair trial are. The judiciary is not a law unto itself, but is well and truly contained and controlled by these rules. It is very important to have such curbs, as a counterweight to the lack of political accountability.

The practical example also shows us the many ways in which the defendant’s right to be heard by an impartial, independent court can be violated: the principle of judicial independence from the political authorities can be violated by the method of appointing judges, the principle of impartiality would be violated if one of the judges is the spouse of the other party’s lawyer or if he has made racist remarks in private (at a time of ever closer European integration, when different nations are required to live alongside one another in the same community, there is no room for racism in the judiciary). The rights of the defence are deemed to be violated if the court fails to appoint an interpreter to enable the defendant to express himself in his mother tongue, or if this same defendant has not been given enough time to prepare his defence or has

not seen the final report produced by the public prosecutor. Almost all the principles of fair trial are described here.

At the same time, these principles will also help to circumscribe the judiciary. If the judiciary's powers are set to expand, it is all the more important that it be kept in check, and that the exercise of these powers be regulated to prevent it from turning into a wholly arbitrary body. That, in my view, is the final - and key - point to emerge from this seminar.

**Ms T. FREIXES** (Spain): I would like to draw your attention to another point. As I see it, the conclusions of this seminar go much further than we realise. The issue of the right to a fair trial concerns first and foremost the European integration process as a whole. We cannot ignore the interplay between the European Convention on Human Rights and the constitutional traditions of the Member States, within the context of this integration process. First, the European Court of Justice made it clear that the European institutions were to be governed by the European Convention on Human Rights and the shared constitutional traditions of the Member States. Next, Article F of the Treaty on European Union endorsed this view, and now the Treaty of Amsterdam has formally established the power of the Luxembourg Court to monitor the effectiveness of this European Convention on Human Rights and the shared legal traditions in all the Member States of the European Union. We thus have a consolidated battery of Community instruments, and the right to a fair trial may be seen as a key element in ensuring that human rights are effectively realised in the process of European integration.

January 2000, of course, sees the opening of an intergovernmental conference aimed at restructuring the Community treaties and drafting a charter of fundamental rights for the European Union. Our seminar is very important in this respect, because the conclusions that we have reached on the effectiveness of judicial review and the effectiveness of the right to a fair trial are directly in keeping with this integration process. It is very important, however, that the effectiveness which we have observed in all countries as regards the protection of rights, reinforced moreover by the proper interpretation of Article 6 of the Convention, should not be reduced or diminished by the process of European integration. We must defend the achievements we have highlighted, and insist that these shared legal traditions are observed, so that the Member States and even the European institutions bow to, and respect, these established practices and traditions related to the European Convention on Human Rights. I believe, therefore, that our seminar is very important because it establishes these shared traditions and interpretations of the law in Europe, in relation to Article 6 of the Convention. We must use this experience to insist that these rights are also enforced in the European integration process and EU institutions. For it is not just one individual right that is involved here. The rule of law itself is at stake in this application of Article 6 of the European Convention on Human Rights.



### **CAS PRATIQUE : RESUME DES DEBATS**

(Remarque : la densité des débats ne nous permet pas de les reproduire ici *in extenso*. Ce résumé ne prend donc en compte que les éléments les plus marquants et les particularités nationales notables. Pour des informations plus concrètes relatives aux pays qui ne sont pas cités sur un point précis, se référer aux rapports nationaux écrits).

#### **\* Point 1 : Un juge étranger siège dans le tribunal, et tous les juges ne sont pas professionnels**

La nationalité des juges composant la juridiction constitutionnelle ne soulève pas de réel problème juridique. Dans de nombreux Etats (Autriche, France, Italie, Espagne, Ukraine), la fonction juridictionnelle est, en principe, réservée aux nationaux, l'acte de juger étant considéré comme la manifestation de la puissance publique étatique.

Ce principe connaît toutefois quelques exceptions. Certains Etats (Andorre, Croatie ou Liechtenstein) recrutent des juges de nationalité étrangère. Cette originalité résulte, pour l'Andorre, de l'histoire particulière de ce pays qui a longtemps été co-dirigé par l'Espagne et la France. Aujourd'hui, la juridiction supérieure d'Andorre est composée de juges espagnols et français, tandis que celle du Liechtenstein est composée en grande partie de juges autrichiens et suisses. Dans le même sens, mais pour d'autres raisons, la cour constitutionnelle de Croatie se compose de juges possédant différentes nationalités. Plus précisément, des conseillers internationaux l'assistent dans les affaires concernant les droits des minorités nationales, conformément aux recommandations de la Commission de Venise et aux engagements pris lors de l'adhésion de la Croatie au Conseil de l'Europe. Pour la France, enfin, il peut être dérogé au principe selon lequel des fonctions juridictionnelles ne sauraient être confiées à des personnes de nationalité étrangère dans la mesure nécessaire à la mise en œuvre d'un engagement international et sous réserve qu'il ne soit pas porté atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Ainsi, une décision du Conseil constitutionnel n°98-399 D.C. du 5 mai 1998 admet la présence d'un représentant du Haut commissariat des réfugiés des Nations Unies au sein de la commission nationale de recours des réfugiés.

La composition de la juridiction soulève également la question de la formation des juges. Dans la grande majorité des Etats européens, seuls les magistrats professionnels peuvent exercer la fonction de juge. Le caractère professionnel des juges est considéré comme une garantie de leur indépendance (Italie, Ukraine, Espagne, France). L'accès à la magistrature est, dans certains Etats, réservé à des personnes dont les compétences sont appréciées par un concours qui permet d'accéder à une école de la magistrature (France, Italie, Espagne). L'entrée en fonction et l'exercice de la carrière des juges est réglementée par un conseil supérieur de la magistrature. A l'inverse, d'autres Etats laissent aux pouvoirs publics (exécutif ou Parlement) le soin de choisir les juges et ne connaissent pas de Conseil supérieur de la magistrature (Ukraine, Russie). Des convergences apparaissent quant à l'exigence d'impartialité de la justice : l'indépendance du corps judiciaire implique que les juges en fonction ne puissent pas appartenir à des organisations partisans ou syndicales et que leur statut les protège contre les éventuelles pressions du pouvoir politique (République tchèque, Slovaquie, Espagne, Autriche).

#### **\* Point 2 : le plaignant n'a pas pu s'exprimer dans sa langue maternelle**

Les problèmes relatifs à la langue du procès renvoient non seulement à des questions de technique juridique mais, plus largement, à des conceptions radicalement opposées sur la place de la langue dans les ordres constitutionnels.

Concernant la dimension technique de la question posée (le fait que le plaignant n'ait pu s'exprimer dans sa langue d'origine lors du procès), les différents intervenants s'accordent sur deux points. Le procès équitable se traduit, d'abord, par une double exigence au regard des problèmes juridiques relatifs à la langue du procès. Le justiciable doit comprendre ce qui lui est reproché. Il doit en retour avoir la possibilité de s'exprimer. A ce titre, l'existence d'un droit à avoir un interprète dans le cas où le justiciable ne maîtrise pas la langue (ou l'une des langues dans le cas d'Etat, comme la Finlande, disposant de 2 langues officielles) est largement admis par l'ensemble des traditions juridiques. Ainsi, en Roumanie, la Constitution prévoit que les citoyens appartenant aux minorités nationales qui ne comprennent pas ou ne parlent pas la langue roumaine ont le droit de parler lors de l'instance par l'intermédiaire d'un interprète; dans les affaires pénales, ce droit est assuré gratuitement. Ce droit à pouvoir s'exprimer dans le cadre du procès est, ensuite, reconnu en tant que principe constitutionnel (notamment en Italie, en Slovaquie, en Espagne où il a valeur de droit fondamental). Sans lui, ni le principe du contradictoire (C.E.D.H.) ni les exigences de l'Etat de droit ne sont respectées (France).

Cette reconnaissance du droit à bénéficier d'un interprète pose toutefois des problèmes pratiques qu'évoquent les représentants de la République tchèque et de la Slovaquie : le justiciable peut-il décider de choisir et de renvoyer son interprète ? Comment être certain de la qualité de l'interprétation lorsqu'on est en présence d'un justiciable qui ne maîtrise pas la langue officielle, et que les juges ne peuvent s'assurer de la bonne traduction de l'interprète ?

Au-delà des problèmes techniques, la question de la langue contient évidemment une forte dimension symbolique. Certains soulignent, avec force, que la langue est un élément constitutif de la souveraineté étatique. Par exemple, en France, l'article 2 de la Constitution précise que « le Français est la langue de la République ». Cette disposition a été interprétée par le Conseil constitutionnel comme obligeant à l'usage du français dans les actes publics, notamment les procès. Plus nombreux sont ceux qui évoquent la ratification par les Etats de la Charte européenne des langues régionales. Cette reconnaissance récente souligne la diversité des langues usitées en Europe continentale et montre que la question de la langue du procès n'est pas forcément rattachable à un problème de souveraineté (Espagne).

***\* Point 3 : les juges sont nommés et salariés par le gouvernement***

La question du lien organique entre les juges et le pouvoir exécutif évoque le principe de l'indépendance des juges (Italie, Espagne). Cette indépendance peut être assurée par des techniques différentes en fonction des traditions juridiques.

En règle générale, les juges sont nommés par le gouvernement sur proposition d'un conseil supérieur (Bulgarie, Espagne, France, Suède, Finlande), ou d'un comité des hautes juridictions (Allemagne, Autriche). En Ukraine, la fonction d'accusation se distingue de la fonction de jugement. Les magistrats qui accusent n'ont pas le même statut que ceux qui jugent et se distinguent des procureurs. Ces derniers sont fonctionnaires d'Etat. Ils sont nommés par le Président avec le consentement préalable du Parlement. En Albanie, les juges de la Haute Cour et de la Cour constitutionnelle sont désignés par le Président de la République avec le consentement du Parlement. Les autres juges sont élus par un conseil de la justice. En Roumanie, les magistrats sont nommés par le Président de la République, sur proposition d'un organisme neutre, le conseil supérieur de la magistrature, formé exclusivement de juges et de procureurs. En France et en Espagne, un conseil supérieur de la magistrature garantit l'indépendance des magistrats du siège. Ce conseil est consulté pour les nominations et pour l'avancement de ces magistrats et il exerce le pouvoir disciplinaire dans le corps judiciaire. De leur côté, les

magistrats du parquet restent, à des degrés différents, dépendants de l'exécutif, et plus précisément du ministre de la justice. En Espagne, le Procureur général est dépendant du pouvoir exécutif, tandis qu'en Bulgarie, il n'existe pas de différence entre les procureurs et les juges. En Suisse, l'indépendance des juges est garantie par une élection parlementaire. Le juge est une émanation de la souveraineté populaire. Il est élu pour un temps limité. En Italie, l'indépendance de tous les magistrats, tant du siège que du parquet, par rapport à l'exécutif, est garantie par le conseil supérieur de la magistrature, qui a la compétence exclusive en matière de nominations, de promotions et de mesures disciplinaires.

En principe, un juge ne saurait manifester ses convictions politiques. Ce principe, rappelé par la France et l'Italie, signifie que juger doit se présenter comme un acte neutre, détaché des passions politiques. Toutefois, la Suisse présente, sur ce point, une originalité. Les juges sont présentés comme candidats par un parti politique tant au niveau national qu'au niveau local. Un juge une fois élu, peut rester membre d'un parti politique. Le juge est un citoyen. Et aucune condition formelle n'est exigée pour qu'un citoyen accède à la magistrature.

**\* Point 4 : un des juges a tenu en privé des propos xénophobes (racistes)**

Cette question est relative à l'impartialité du juge vis-à-vis de ses engagements et opinions politiques ou personnelles. Le cas pratique ne précise pas comment l'accusé a eu connaissance des propos racistes du juge, ni leur contenu pas plus que le cadre dans lequel ils ont été prononcés. Ces imprécisions peuvent jouer dans l'analyse des faits, notamment au niveau de la preuve apportée durant l'audience. Mais elles n'empêchent pas la discussion du problème.

Il est certain que le racisme est une infraction, diversement sanctionnée par les Etats selon une procédure spécifique. Dans le cas présent, l'invocation de propos racistes tenus par le juge est plus délicate à manier. En effet, ces propos ne semblent pas avoir été prononcés en public, ou par voie de presse, et gardent ainsi un caractère confidentiel difficile à juger car n'ayant pas à priori de répercussion immédiate sur le procès. Il en découle plusieurs nuances. En premier lieu, il est difficile d'empêcher un juge d'avoir ses propres opinions en tant que citoyen ou plus simplement comme personne humaine. Au contraire, certains pays comme la Suisse, où la plupart des juges est élue par la population ou le Parlement, acceptent que les juges s'expriment ouvertement, changent d'opinions ou aient des activités sociales, politiques ou religieuses publiques. Ces convictions ne sont pas comprises comme étant un obstacle à la fonction de juger. L'important est que ces propos n'aient pas été exprimés par le juge dans le cadre de sa fonction judiciaire et à l'occasion du procès, en direction de l'accusé par exemple (Italie).

Pour d'autres pays, ces convictions personnelles du juge restent libres mais ne doivent pas être exprimées publiquement, même en dehors de toute fonction officielle. Il s'agit de ne pas mettre en doute l'impartialité du juge. C'est le principe "d'apparence d'impartialité" des magistrats, compris dans la notion de procès équitable (Chypre, Espagne, France ou Lituanie par exemple). L'expression de propos racistes relèverait donc avant tout d'un "manque flagrant d'intelligence", et peut conduire à une réaction ou une sanction immédiate (Autriche, Pays-Bas, etc.). Toutefois, l'expression publique d'une opinion n'implique pas obligatoirement la partialité du juge dans le procès en cours.

Cette question reste donc difficile à résoudre, soit que les pays ne connaissent pas de tels cas (Pays-Bas) soit qu'il faille analyser la situation avec une meilleure connaissance du contexte. Il est vrai que la notion "d'apparence d'impartialité" pousse vers la récusation du juge (C.E.D.H.) afin de maintenir la crédibilité de l'ordre judiciaire et la confiance dans les magistrats. Le juge

doit alors se retirer de lui-même, ou satisfaire à la demande du président estimant qu'il y a là un motif de récusation pour "grave raison de convenance" (Italie). Une partie peut également récuser le juge mais, si elle ne le fait pas en connaissance de cause, elle perd cette faculté ultérieurement. L'affaire peut également être suivie de sanctions énoncées par le "Conseil de la magistrature" du pays lui-même ou par voie juridictionnelle. En France par exemple, un enquête préliminaire a été ouverte par le parquet de Paris contre un magistrat de la Cour de cassation ayant exprimé dans un journal syndical des opinions interprétées comme ayant une valeur antisémite, et le ministre de la justice a demandé des sanctions disciplinaires au Conseil supérieur de la magistrature.

**\* Point 5 : l'avocat de la partie adverse est le mari de l'une des juges.**

Le lien marital entre un juge et l'avocat d'une des parties apparaît clairement dans tous les pays comme un cas de récusation du juge par l'autre partie. Telle est la solution donnée par l'article 37 du Code de procédure pénale italien ou par l'article 20.2 de la "Juridiktionsnorm" autrichienne par exemple. Les pays ayant intégré la C.E.D.H. dans leurs juridictions internes n'ont pas tous des dispositions nationales explicites sur le sujet (Finlande), mais le cas reste néanmoins réglé par l'application de l'article 6 de cette Convention. Il est à noter qu'un simple lien de concubinage ou une relation intime et notoire entre un magistrat et un avocat dans le procès peut conduire à la même solution (Espagne).

Certaines législations peuvent prévenir ce problème en interdisant à un juge d'exercer dans le même ressort que son conjoint avocat (Italie, Moldova, Chypre, Espagne, Norvège par exemple), et cette interdiction, qui s'applique parfois directement à l'avocat, peut même durer trois ans après le divorce (Moldova). Cette protection contre la partialité du juge vaut également pour d'autres liens entretenus avec les avocats. En Italie par exemple, un juge ne peut pas exercer dans le même ressort qu'un membre de sa famille jusqu'au second degré. De même, le cas "d'amitié profonde" (Espagne) ou "d'amitié ou inimitié notoire" (France) constitue une raison de récusation du juge. Des solutions semblables sont prévus dans d'autres systèmes juridiques.

Au-delà du problème de cette relation privilégiée entre le juge et l'avocat, la récusation du magistrat peut également reposer sur tout soupçon quant à sa partialité dans le procès. En France par exemple, un juge a été récusé car issu de la famille d'une des victimes de l'accusé (procès Papon), et un autre a également été écarté de ses fonctions après être tombé amoureux, lors d'une affaire, d'une prostituée impliquée. De même, le fait que le juge ait un rapport financier avec une des parties, qu'il soit son employeur ou son curateur, ou qu'il soit en conflit professionnel notoire avec elle sont autant de cas conduisant à la récusation. Cette exigence peut d'ailleurs rejaillir sur son entourage proche, un juge pouvant alors être récusé si un membre de sa famille est en situation d'employé ou d'employeur d'une partie (Italie). Les cas de récusation sont ainsi nombreux.

Certains pays ont pu alors établir une liste précise des éléments objectifs motivant cette récusation (France, Italie, Norvège, Ukraine). Mais tous ont également une formule générale intégrant les éléments d'une appréciation plus subjective. Il en est ainsi par exemple de l'Italie où un juge peut être récusé pour "grave raison de convenance personnelle" ou de l'Ukraine qui permet d'écartier non seulement le juge mais également les procureurs, les assesseurs, les experts, les greffiers ou les juges d'instruction "directement ou indirectement intéressés au procès". Pourtant, comme il a été noté, le fait qu'un juge développe une "amitié profonde" avec un avocat ne veut pas dire pour autant qu'il sera impartial, et ce juge peut estimer à bon droit qu'il n'a pas à se retirer. L'impartialité est-elle alors affaire de droit, de réglementation, ou d'éthique ? La Cour européenne des droits de l'homme contourne la question avec la notion "d'apparence

d'impartialité". Non seulement le juge doit "être" impartial selon des critères formels, mais il doit surtout "apparaître" impartial pour tout le monde il peut donc être récusé même si sa partialité n'est pas prouvée. Il en va de la crédibilité de la justice. Ainsi, le simple fait d'avoir écrit un article donnant son opinion dans un type d'affaire peut entraîner un doute quant à l'impartialité dans une affaire similaire, où le juge peut être suspecté d'avoir un préjugé en l'espèce.

Il est toutefois intéressant de noter que, dans tous les cas mettant en doute la partialité du procès, la récusation ne concerne que le juge et non l'avocat concerné ou le procureur. En effet, l'exigence d'impartialité du procès s'impose essentiellement à l'instance chargée de rendre le jugement, et non aux autres parties.

Une fois mise en doute l'impartialité du juge, plusieurs voies sont ouvertes pour écarter. La première est liée à la déontologie de la magistrature et à la confiance initiale donnée au juge, et conduit à son retrait volontaire de l'affaire. Conscient des limites de son impartialité, le juge est ainsi appelé à s'abstenir de lui-même et à se retirer en accord avec le président du tribunal ou de la cour. S'il ne fait pas volontairement cette démarche, le président peut le lui demander plus officiellement, pour ne pas entacher le jugement d'un doute qui nuirait à la crédibilité de la justice. Tous les pays connaissent cette procédure. La Constitution espagnole donne de plus au procureur le rôle de défendre l'impartialité des procès, et celui-ci peut alors également demander la récusation du juge. Si le retrait volontaire ou demandé n'est pas exécuté et que subsiste le doute, les parties au procès peuvent enfin récuser le juge par demande expresse lors de la procédure. Une réponse négative est susceptible d'appel. Il est également possible d'attaquer ultérieurement le jugement devant la Haute Cour pour partialité du juge une fois le jugement rendu. Mais certains pays refusent qu'une partie n'ayant pas invoqué la partialité du juge lors du procès puissent le faire en appel du jugement (Espagne, Autriche par exemple). Cette solution est confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme.

Une dernière réflexion vient alimenter le débat en cours, reprenant les éléments soulevés lors de la discussion sur les propos racistes du juge. L'exigence d'impartialité du juge impose-t-elle en effet le silence de ce juge, le retranchement et le cloisonnement de sa vie privée, ou ne repose-t-elle pas plutôt sur l'expression publique de ses opinions, de ses relations ? En effet, la discrétion du juge ne l'empêche nullement d'avoir, dans son for intérieur, des opinions très partiales ou des relations personnelles que les parties ne peuvent pas connaître et qui interviennent pourtant dans le rendu du jugement. A l'inverse, si le juge exprime publiquement ses opinions, ses relations, la partialité ou l'impartialité de ses jugements peuvent alors être mieux appréciées et contrôlées. Cela d'autant qu'il est difficile pour un juge de ne pas avoir de vie privée, d'opinions personnelles, et certains pays conçoivent tout à fait qu'un juge ait des activités publiques engagées sans pour autant que son impartialité soit mise en doute (Suisse). A titre de comparaison, les cours internationales comprennent généralement au moins un juge de la nationalité des Etats en procès, "apparence de partialité" qui constitue pourtant un gage du bon rendu de la décision. La question reste posée.

***\* Point 6 : le plaignant n'a été convoqué que 48 h avant l'audition***

Cette question concerne le droit à l'information de l'accusé et le temps dont il doit pouvoir disposer pour organiser sa défense. Plusieurs distinctions sont à faire ici. En premier lieu, tous les pays font la différence entre procès pénal et procès civil, tout comme la Convention européenne des droits de l'homme. Dans une procédure pénale, le délai de 48 heures est généralement considéré comme trop court, soit que la Constitution ou la loi énonce un délai minimal (trois jours en Norvège par exemple), soit que la notion de "délai raisonnable" apprécié par le juge implique un temps de préparation plus long : huit jours au minimum en Suède et

quinze à trente jours en Italie. Dans une procédure civile, cette question du délai se pose autrement du fait de la matière. Si la fixation du délai relève de l'appréciation du juge, et peut faire l'objet de contestation, 48 heures peuvent généralement être acceptées comme ne violant pas le droit de la défense. Il y a ici concordance entre les normes nationales et européennes, la Cour de Strasbourg étant plus souple dans son appréciation des délais en matière civile du fait de la distinction de l'article 6 de la Convention.

Une autre distinction est à faire selon que la procédure devant le tribunal est d'ordre accusatoire ou inquisitoire. Les procédures inquisitoires nécessitent en effet une préparation moins importante pour les parties et permettent donc des délais de convocation plus courts, alors que les procédures accusatoires obligent à un délai plus long pour permettre aux parties de mieux préparer leur défense. C'est pourquoi l'Italie, utilisant les procédures accusatoires, prévoit des délais de convocation généralement plus longs. De même, l'appréciation des délais doit prendre en compte la complexité de l'affaire et la nature de la convocation (pour une première audience, pour un complément d'information, etc.). Selon le cas, un délai de 48 heures peut tout à fait être accepté. Enfin, ce problème se pose en d'autres termes en cas de comparution immédiate liée à un flagrant délit. Une fois informé des motifs de l'accusation ("dans les plus brefs délais" selon la Constitution roumaine), le prévenu peut en effet être convoqué devant le juge selon des délais fixés par la loi (dans les quatre jours en Italie par exemple).

Cette question du délai traduit finalement le droit pour une partie de pouvoir organiser efficacement sa défense, et doit donc se comprendre comme faisant partie de la notion de "droits de la défense". De plus, cette question des droits de la défense est intimement liée à celle du procès équitable, les deux notions pouvant difficilement être séparées : une procédure ne permettant pas à l'accusé de se préparer à temps est une violation réelle des règles du procès équitable. Par extension, les droits de la défense impliquent également le droit d'avoir un avocat, choisi ou imposé. Tous les pays ont une procédure d'attribution d'un avocat d'office lorsqu'une partie n'a pas les moyens d'en avoir un, avec un barème d'aide judiciaire selon les revenus. Mais l'efficacité de cette disposition se heurte parfois à certains problèmes pratiques, par exemple lorsque le nombre d'avocats reste limité dans le pays (Lituanie). Certains pays comme l'Espagne prévoient également l'attribution d'un avocat d'office en dehors de toute nécessité financière, lors des détentions pour terrorisme. En ce cas d'ailleurs, l'avocat ne fait qu'assister à la garde à vue, et ne peut ni intervenir ni conseiller l'accusé, même après sa déposition. Toutefois, cette procédure acceptée par le tribunal constitutionnel espagnol n'a pas encore été soumise à la Cour de Strasbourg pour obtenir confirmation.

La notion de "droits de la défense" semble également comprendre la faculté pour une partie de conserver son avocat. Si la personne garde naturellement la faculté de révoquer elle-même son avocat même en cours d'instance (la Moldova a par exemple adopté une loi récente en ce sens), le droit de garder son avocat reste protégé. C'est un principe fondamental du droit de la défense. Ainsi, le président d'un tribunal ou d'une cour peut éventuellement empêcher un avocat de parler en cas d'outrage ou d'agression verbale et de comportement incorrect, mais ne peut pas renvoyer cet avocat. Une loi française a été censurée en ce sens par le Conseil constitutionnel en 1981, car elle permettait au président d'expulser l'avocat ayant un tel comportement, privant ainsi l'accusé de défenseur. Toutefois, la Cour de Strasbourg ne paraît pas rejeter une telle possibilité, si l'avocat offense le tribunal ou emploie des mots outranciers. Le jeu des avocats cherchant à gagner du temps par leur comportement excessif est d'ailleurs bien connu des juges, et la Cour accepte que le président expulse l'avocat et demande à l'accusé de revenir avec un autre défenseur.

**\* Point 7 : Le ministère public a produit un rapport final auquel le plaignant n'a pas eu accès**

Ce rapport final est à comprendre comme les dernières conclusions du ministère public remises au juge avant le rendu du jugement. Une vieille tradition en Europe continentale permettait au procureur général de transmettre au juge son avis sur le procès, avis qui avait souvent la forme d'un projet de décision et qui s'appelait alors "croquis" ("l'esquisse" du futur arrêt). Cet avis n'était pas transmis à la défense. Deux arrêts de la Cour de Strasbourg ayant condamné cette pratique, la procédure a fortement évolué dans la plupart des pays européens. Deux cas de figure sont à considérer.

Dans les pays ayant encore la pratique d'une procédure écrite lors des conclusions finales, comme la France, tout "croquis" ou toute conclusion d'une partie est automatiquement remis à l'autre partie. Il faut cependant distinguer ces conclusions des "notes de plaidoiries" qui sont la synthèse ou le résumé des conclusions orales, et dont la non-transmission à l'autre partie ne semble pas poser problème, du fait de la présence des parties lors des conclusions orales (CEDH). Cependant, la plupart des pays ont une procédure uniquement orale à ce stade du procès (Espagne, Italie, Lituanie, Chypre). Ainsi, il ne peut y avoir de remise d'un dossier final au seul juge, et toutes les parties sont mises au courant des conclusions présentées en audience.

Ce point du cas pratique ne présente donc pas de difficulté particulière : la totalité des pays est unanime pour rejeter cette possibilité, soit par impossibilité pratique du fait des procédures orales soit pour violation flagrante des droits de la défense à connaître la totalité du dossier, et donc pour violation du principe d'égalité des armes. Néanmoins, hormis pour les procès devant un jury populaire où la question reste d'importance, il semble bien que la pratique des conclusions finales ait peu d'impact sur le jugement. Les juges professionnels connaissent en effet le dossier et sont peu influencés par ces dernières conclusions présentées en fin de procédure.

***Débat général sur le droit à un procès équitable :***

**M. D. ROUSSEAU** (France) : après avoir fait le tour des questions techniques posées par le cas pratique, il peut être intéressant maintenant d'élargir la discussion sur la philosophie générale de cette notion de procès équitable, sur sa perception d'un point de vue juridique plus global. Je vous invite donc à donner un aperçu général de cette notion et de la pratique de ses règles dans vos pays respectifs.

**M. F. VASILESCU** (Roumanie) : A la fin de ce colloque très intéressant, je voudrais ajouter que "*l'arbre ne doit pas cacher la forêt*"; selon moi, l'arbre, c'est le procès équitable, et la forêt, c'est l'Etat de droit. L'Etat de droit est la plus belle conquête de ce millénaire. Après avoir, avec les juristes allemands et Carré de Malberg, conquis des droits contre l'Etat policier puis posé les bases de l'Etat légal, nous voici aujourd'hui en train de consacrer l'Etat de droit. Or, de nos jours, l'Etat de droit se mesure à la force du pouvoir judiciaire. Notre siècle infirme en quelque sorte la parole de Montesquieu qui tenait le pouvoir judiciaire pour quelque chose d'à peu près nul. Au contraire, aujourd'hui, le pouvoir judiciaire est un des piliers de notre civilisation juridique. C'est pour cela que le droit à un procès équitable compte parmi les batailles les plus importantes pour consacrer l'Etat de droit, et la chose n'est pas toujours facile à réaliser.

Mais quand je vois qu'un président d'une grande nation est mis en accusation, qu'un premier ministre subit depuis près de vingt ans une procédure judiciaire ou qu'un préfet est mis en prison, je pense également à ce pouvoir du pouvoir judiciaire. Faut-il craindre le "gouvernement des juges", notion qui, du reste, mériterait d'être corrigée ? Je pense pour ma part que le

"gouvernement des juges" est avant tout le gouvernement de la loi elle-même. Car il faut bien comprendre que le procès équitable est avant tout le moyen de donner aux individus des droits contre le pouvoir écrasant de l'Etat. Et c'est une noble tâche qui s'inscrit dans les objectifs les plus privilégiés de l'Etat de droit.

Ainsi, je pense que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme est un des plus importants pour la mise en œuvre de la défense des individus dans les procès civil, pénal, administratif, commercial et autres. C'est pour cela que les moyens offerts à chaque individu de protéger sa personne, sa liberté, sa vie privée et familiale doivent être entendus dans un sens plus large, de façon étendue. Et le rôle de la Cour de Strasbourg est ici à souligner. Car ce droit à un procès équitable est avant tout un droit jurisprudentiel, et tous les pays européens se sont aujourd'hui alignés sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais se cache ici un autre danger : le gouvernement des juges de la Cour de Strasbourg. Toutefois, la collaboration entre cette Cour et les cours nationales, notamment par le biais de la Commission de Venise et des séminaires comme celui-ci, est très fructueuse pour nous, et permet d'approfondir ce pilier essentiel qu'est le droit à un procès équitable. Etant juge à la Cour constitutionnelle de mon pays, je vois que ce thème nécessite de long débats et, de ce point de vue, les échanges avec d'autres pays sont très importants pour notre pays et nos citoyens.

**M. G. BJÖRNE** (Suède) : Le droit à un procès équitable est un élément à la base du système juridique suédois, et y a une longue tradition. Toutefois, la Suède a été condamnée il y a quelques années par la Cour de Strasbourg pour non respect de ce droit à un procès équitable, en matière d'expropriation et de procédure administrative. Cela a d'ailleurs conduit la Suède à incorporer il y a cinq ans cette même Convention dans son droit interne, et à modifier ses procédures en intégrant un nouvel instrument : le "legal review of administrative decision" en matière de droits civils. Désormais, toutes les décisions du gouvernement ou d'autres autorités administratives sont susceptibles d'être jugées par la cour suprême ou la cour suprême administrative ainsi que par les cours administratives d'appel. Il est indéniable que ces réformes améliorent le rôle des cours, et qu'elles interviennent dans des matières politiquement ou juridiquement très controversées. L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme et du droit communautaire a ainsi contribué à améliorer ce pouvoir juridictionnel de façon notable, et à ancrer l'Etat de droit dans notre pays.

**M. P. VIHERVUORI** (Finlande) : La tradition juridique de la Finlande est assez proche de celle de la Suède qui a été exposée. Nous avons également un droit général à ce que chaque personne puisse voir une décision administrative (nationale ou locale) contrôlée par une cour par la procédure du legal review. De nombreuses décisions discrétionnaires du Cabinet sont également susceptibles d'être ainsi jugées par la cour suprême ou la cour suprême administrative, notamment sur la base de la Constitution ou de principes généraux qui permettent de parler d'équité. Bien sûr, la frontière entre le droit et la politique est parfois délicate à établir. Un exemple concret permet de comprendre la situation actuelle : une seule décision du Cabinet dans une affaire assez compliquée a entraîné près de 800 recours de propriétaires terriens et d'associations de défense devant la cour suprême administrative...

**M. S. STACIOKAS** (Lithuanie) : A la fin de ce colloque, j'aimerais rappeler cette phrase importante dite par M. Garrone : "les autorités ne peuvent pas créer de procédures qui ne profiteraient qu'au pouvoir, et non à l'Etat de droit. Cela me semble très important. De nos débats, je retiens également que les règles du procès équitable sont aujourd'hui universellement protégées. Toutefois, il ne faut pas oublier que les pouvoirs exécutifs et législatifs, dans leur travail d'élaboration du droit, ne peuvent pas toujours éviter de commettre des erreurs et de violer par conséquent la Constitution. Les cours constitutionnelles ont donc besoin d'assurer au mieux



cette régulation des principes constitutionnels comme ceux du procès équitable. En ce sens, ce séminaire et l'ensemble de nos travaux m'apparaissent comme très importants et utiles pour nous tous.

**M. C. CHABROT** (France) : Je voudrais signaler qu'en France, si les règles du procès équitable sont de mieux en mieux protégées, il plane encore sur la notion d'équité elle-même une certaine suspicion. Elle constituerait en effet cette part de libre appréciation du juge pour faire parler la loi ou les silences de la loi, alors que dans notre tradition inspirée de Montesquieu, le juge n'est toujours que la bouche qui prononce les mots de la loi. En ce sens, il ne doit pas se livrer à une interprétation qui irait au-delà du texte. L'équité est ainsi appelée "la part maudite du jugement". Il semble alors que la notion d'équité, comprise depuis Aristote dans un sens moral, comme une vertu à réaliser, s'oppose aux règles plus juridiques du procès équitable dérivées pour leur part de la notion d'égalité, d'égalité des armes, de "fair trial". Cette distinction entre les deux notions les opposerait comme suit : l'équité comprise comme une vertu donnerait une part d'arbitraire au juge qui susciterait une certaine méfiance envers lui, alors que les règles du procès équitable rétabliraient cette confiance en encadrant la décision du juge dans une procédure mettant les deux parties techniquement à égalité. Mais l'équité doit-elle alors disparaître au profit de la seule notion d'égalité des chances pour aboutir à un résultat ? Il me semble au contraire intéressant de comparer, sur le plan des notions, les termes "équité" et "fair trial" pour voir si, au-delà des résultats qui paraissent assez similaires dans tous les pays, les deux notions recouvrent exactement le même sens. En d'autres termes, la technique juridique du "fair trial" peut-elle être strictement traduite par "équité", ou cette dernière ne recèle-t-elle pas encore une autre valeur que le droit serait alors chargé de réaliser ?

**M. G. NEPPI MODONA** (Italie) : On doit effectivement faire la distinction entre le procès équitable sur le plan juridique et l'équité sur le plan moral. Toutefois, nos systèmes de droit écrit se distinguent ici des systèmes de common law dans lesquels il y a peut-être plus de place pour l'équité sur le plan moral. Pour revenir alors sur le plan juridique du procès équitable, je suis assez d'accord avec mon collègue M. Vasilescu sur le rôle de la fonction judiciaire dans les vingt dernières années. Le pouvoir judiciaire a fortement augmenté, et ses fonctions sont de plus en plus importantes dans les milieux politiques et sociaux, et ce dans tous les pays européens.

Notre séminaire revêt alors une grande importance. En effet, si le pouvoir judiciaire augmente, il devient de plus en plus nécessaire de fixer les règles et les garanties de cette intervention judiciaire. Ce pouvoir n'étant pas responsable sur le plan politique, ce qui est un bien car cette irresponsabilité protège son indépendance, il doit trouver dans sa propre organisation, dans les règles de son fonctionnement interne les principes capables de garantir le destinataire de cette intervention judiciaire, notamment sur le plan pénal. Nous voyons clairement, grâce au cas pratique, ces règles garantissant le droit au procès équitable. Le pouvoir judiciaire n'apparaît pas comme un pouvoir arbitraire mais comme encadré et contrôlé par ces règles. Il est très important d'avoir un tel contrôle, en contre-poids à son irresponsabilité politique.

Le cas pratique nous montre également les multiples possibilités de violation des droits de l'accusé à être jugé par un tribunal impartial et indépendant : le principe de l'indépendance des juges par rapport au pouvoir politique peut être violé par le mode de désignation des juges, le principe d'impartialité serait violé lorsque l'un des juges est le mari ou la femme de l'avocat de la partie adverse ou lorsqu'il a tenu en privé des propos racistes (et il est inadmissible, notamment dans le cadre de l'intégration européenne de plus en plus poussée qui fait se côtoyer des peuples différents dans une même communauté, qu'un juge soit raciste). Il y a violation du droit de la défense si le tribunal ne pourvoit pas à la nomination d'un interprète qui permette à l'accusé de s'exprimer dans sa langue maternelle, ou si cet accusé n'a pas eu le temps de préparer sa défense

et n'a pas eu connaissance d'un rapport final produit par le ministère public. Presque tous les principes du procès équitable sont décrits ici.

En même temps, ces principes vont également limiter le pouvoir judiciaire. Si le pouvoir judiciaire voit ses pouvoirs augmenter, il est de plus en plus nécessaire qu'il soit simultanément limité, que son exercice soit garanti afin d'éviter que ce pouvoir se transforme en arbitraire. C'est à mon avis la signification finale de ce séminaire, et sa signification essentielle.

**Mme T. FREIXES** (Espagne) : J'aimerais attirer votre attention sur un autre point. Car je pense que les conclusions de nos travaux vont aller beaucoup plus loin que l'on peut penser maintenant. La question de ce droit à un procès équitable concerne en effet au premier plan le processus d'intégration européenne dans son ensemble. On ne peut oublier le jeu qui se déroule entre la Convention européenne des droits de l'homme et les traditions constitutionnelles des Etats membres, dans le cadre de ce processus d'intégration. La Cour de Justice des communautés européennes a tout d'abord énoncé que les institutions européennes doivent être soumises à la Convention européenne des droits de l'homme et aux traditions constitutionnelles communes des Etats membres. Puis, l'article F du traité sur l'Union européenne a confirmé cette interprétation, et aujourd'hui le traité d'Amsterdam a consacré le contrôle possible de la Cour de Luxembourg sur l'effectivité de cette Convention européenne des droits de l'homme et des traditions juridiques communes dans tous les Etats membres de l'Union. Nous sommes ainsi en présence d'un acquis communautaire consolidé, et le droit à un procès équitable peut apparaître comme une clef de voute pour assurer l'effectivité des droits de l'homme dans ce processus d'intégration européenne.

Nous ne pouvons pas oublier qu'au mois de janvier 2000, va s'ouvrir une conférence inter-gouvernementale ayant pour but la restructuration des traités communautaires et la rédaction d'une charte des droits fondamentaux pour l'Union européenne. Notre séminaire est en ce sens très important car les conclusions de nos travaux sur l'efficacité du contrôle du juge, sur l'efficacité du droit à un procès équitable s'inscrivent directement dans ce processus d'intégration. Or, il est très important que toute cette efficacité que nous avons constaté dans tous les pays en matière de protection des droits, renforcée du reste par l'interprétation conforme de l'article 6 de la Convention, il est important que cette efficacité ne soit pas réduite ou diminuée par le processus d'intégration européenne. Il faut réclamer cet acquis que nous avons mis à jour, réclamer le respect de ces traditions juridiques communes afin que les Etats membres et même les institutions européennes se soumettent, respectent cet acquis et ces traditions liées à la Convention européenne des droits de l'homme. Je pense donc que notre séminaire est très important car il établit ces traditions et interprétations communes du droit en Europe, relativement à l'article 6 de la Convention. Il faut profiter de ces expériences pour exiger que ces droits soient également effectifs dans le processus d'intégration européenne et dans les institutions européennes de l'Union. Car ce n'est pas seulement un droit subjectif qui est en jeu. C'est l'Etat de droit lui-même qui est en jeu dans cette application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.