



UNIVERSITÀ DI CATANIA  
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

*Nuova Serie*

157/2

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

## TRANS-NATIONAL ASPECTS OF PROCEDURAL LAW

Taormina 17-23 Settembre 1995

*GENERAL REPORTS*

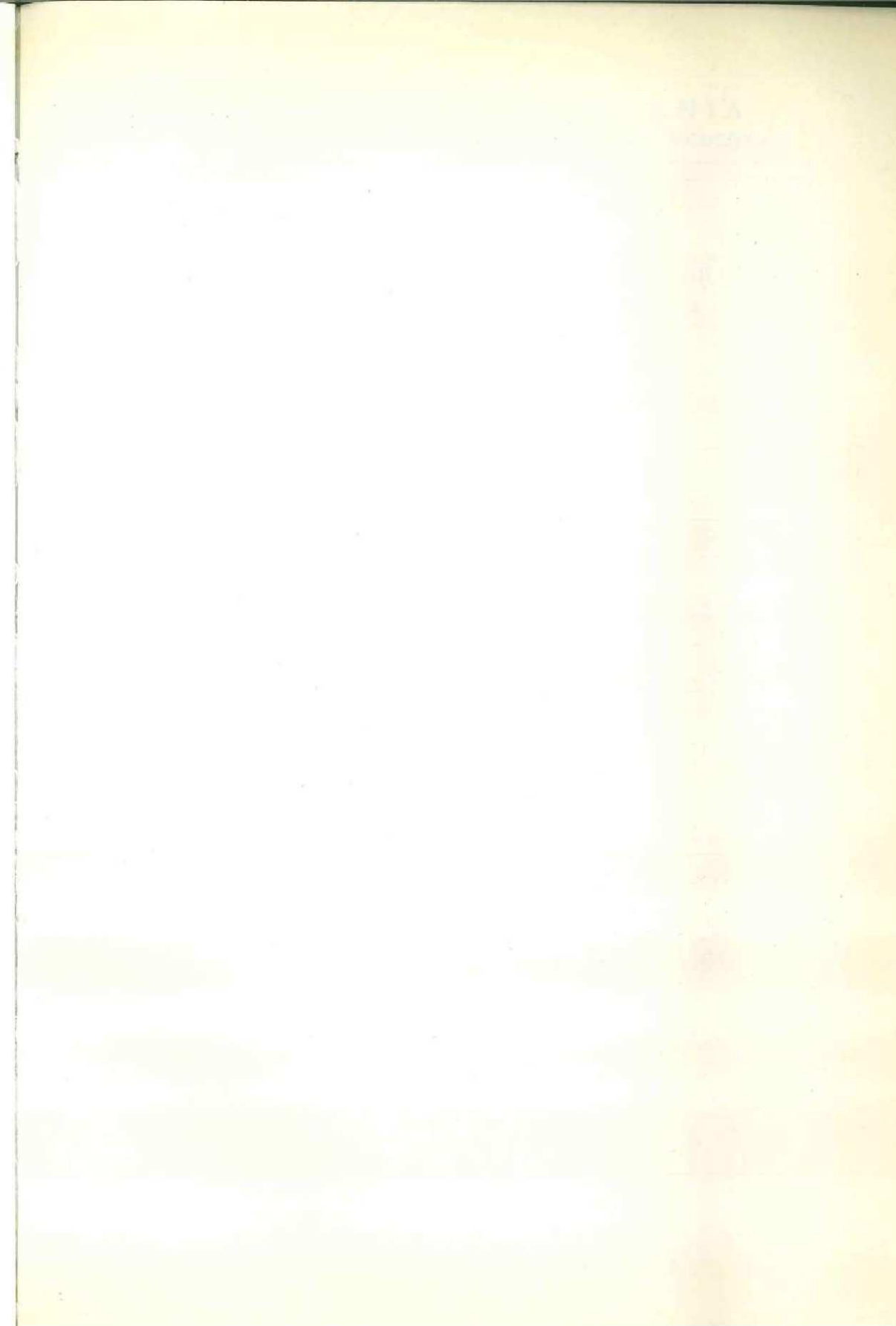
a cura di  
ITALO ANDOLINA

II



GIUFFRÈ EDITORE - 1998

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







UNIVERSITÀ DI CATANIA  
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

*Nuova Serie*

157/2

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

**TRANS-NATIONAL ASPECTS OF PROCEDURAL LAW**

Taormina 17-23 Settembre 1995

*GENERAL REPORTS*

a cura di  
ITALO ANDOLINA

II

GIUFFRÈ EDITORE - 1998

ISBN 88-14-07185-3

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

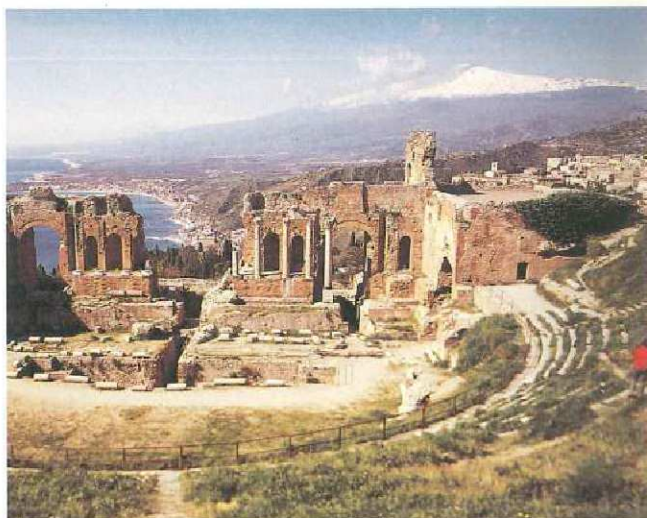
La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

---

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

International Association  
of Procedural Law

**Trans-national aspects of  
procedural law**



X° WORLD CONGRESS IN TAORMINA (Italy)

*September, 17-23 1995*





INDICE SOMMARIO  
TABLE OF CONTENTS

VOLUME I

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

## VOLUME II

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

## VOLUME III

Peter E. HERZOG ( <i>Syracuse, N.Y., U.S.A.</i> ) <i>The effects of foreign judgements and arbitral awards</i> .....	847
Juan Carlos HITTERS ( <i>La Plata, Argentina</i> ) <i>Efectos de las sentencias y los laudos arbitrales extranjeros</i> .....	913
Peter GILLES ( <i>Frankfurt A.M., Deutschland</i> ) <i>Eigenheiten der Prozeßrechtsvergleichung</i> .....	969
Kazimierz LUBINSKI ( <i>Torun, Polska</i> ) <i>Eigenheiten der Prozessrechtsvergleichung</i> .....	1093
Jacques NORMAND ( <i>Reims, France</i> ) <i>La nécessité des procédures provisoires dans les litiges transnationaux</i>	1139
Konstantinos KERAMEUS ( <i>Athens, Greece</i> ) <i>Provisional remedies in transnational litigation</i> .....	1169

RELAZIONE DI SINTESI  
*FINAL REPORT*

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

DISCORSO DI CHIUSURA  
*CLOSING SPEECH*

Marcel STORME ( <i>Gent, Belgique</i> ) Presidente della International Association of Procedural Law ....	1231
--	------



ADA PELLEGRINI GRINOVER

COOPERACION INTERNACIONAL  
EN EL PROCESO PENAL  
LINEAS EVOLUTIVAS Y GARANTIAS  
PROCESALES



## INFORME GENERAL

### RESUMEN:

1. LOS INFORMES NACIONALES.
2. EXPLICACION PRELIMINAR.
3. COOPERACION INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES.
4. LA BASE PROCESAL DE LA TRI-LATERALIDAD DE LA COOPERACION INTERNACIONAL.
5. METODOLOGIA DE TRABAJO.
6. LAS CUESTIONES CLASICAS.
7. LAS LINEAS EVOLUTIVAS: 7.1. PLURALIDAD Y JERARQUIA DE LAS FUENTES NORMATIVAS.— 7.2. EL TRATAMIENTO SISTEMATICO DE LA COOPERACION PROCESAL EN MATERIA PENAL: 7.2.1. *Disposiciones comunes a todas las formas de cooperación.*— 7.2.2. *La extradición;* 7.2.2.1. *Extradición pasiva.*— 7.2.2.2. *El proceso de extradición.*— 7.2.2.3. *Extradición activa.*— 7.2.3. *Transmisión de procesos penales.*— 7.2.4. *Ejecución de sentencias penales:* 7.2.4.1. *Ejecución de sentencias condenatorias extranjeras.*— 7.2.4.2. *Ejecución de sentencias condenatorias nacionales en el extranjero.*— 7.2.4.3. *Destino de multas y cosas aprehendidas y medidas cautelares.*— 7.2.4.4. *Transferencia de personas condenadas.*— 7.2.5. *Vigilancia de personas condenadas o en libertad condicional:* 7.2.5.1. *Disposiciones generales.*— 7.2.5.2. *Vigilancia.*— 7.2.5.3. *Vigilancia y ejecución de la sentencia.*— 7.2.5.4. *Ejecución integral de la sentencia.*— 7.2.5.5. *Cooperación solicitada al país extranjero.*— 7.2.5.6. *Disposiciones comunes.*— 7.2.6. *Auxilio jurídico general en materia penal:* 7.2.6.1. *Disposiciones comunes a las diversas modalidades de auxilio.*— 7.2.6.2. *Pedido y proceso de auxilio.*— 7.2.6.3. *Actos particulares de auxilio internacional.*— 7.3. *EL RECHAZO AL PRINCIPIO MALE CAPTUS, BENE RETENTUS.*— 7.4. *LAS GARANTIAS PROCESALES:* 7.4.1. *Las garantías procesales en el Estado requerido.*— 7.4.2. *La observancia de las garantías procesales por parte del Estado requirente.*— 7.4.3. *El control jurisdiccional por parte de órganos internacionales.*

1. LOS INFORMES NACIONALES.— Este informe general pudo elaborarse gracias a que los informes nacionales de diversos países proporcionaron los datos necesarios para su realización.

Los informes nacionales recibidos fueron los siguientes:

a) *Europa.*

— ALEMANIA — Relatores OTTO LAGODNY, Investigador en el Max Planck Institute, y Wolfgang Schomburg, de la Universidad de Berlín

— ESPAÑA — Relator JOSÉ GONZALEZ MONTES, Profesor en la Universidad de Granada

— FRANCIA — Relator JEAN PRADEL, Profesor en la Universidad de Poitiers

— GRECIA — Relator CONSTANTIN VOUYOUCAS, Profesor en la Universidad de Salónica

— ITALIA — Relator MARIO PISANI, Profesor en la Universidad de Milán

— POLONIA — Relatora BOZENA GRONOWSKA, Profesora en la Universidad de Torun

— PORTUGAL — Relatoras TEREZA ALVES MARTINS e MONICA ROMA, Profesoras en la Universidad de Coimbra

— SUIZA — Relator JEAN GAUTHIER, Profesor en la Universidad de Lausana

b) *América*

— ARGENTINA — Relator PEDRO JUAN BERTOLINO, Profesor en la Universidad de La Plata

— BRASIL — Relatores ANTÔNIO MAGALHÕES GOMES FILHO y ANTÔNIO SCARANCA FERNANDES, Profesores en la Universidad de San Pablo

— CANADA — Relator PIERRE PATENAUDE, Profesor en la Universidad de Sherbrooke

— CHILE — Relator RAÚL TAVOLARI OLIVEROS, Profesor en la Universidad de Santiago

— COLOMBIA — Relator JORGE FLOREZ GACHARNÁ, Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal



– COSTA RICA – Relator DANIEL GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia

– ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA – Relator CHRISTOPHER BLAKESLEY, Profesor en la Universidad de Louisiana

– GUATEMALA – Relator WILFREDO VALENZUELA O., abogado y escribano público

– MEXICO – Relator JOSÉ OVALLE FAVELA, Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas

– PERU – Relator CARLOS PARODI REMÓN, Profesor en la Universidad de Lima

– URUGUAY – Relatora MARTHA JARDÍ ABELLA, Profesora en la Universidad del Uruguay

c) *Asia*

– ISRAEL – Relatora RUTH RABIN, Directora del Departamento Internacional de la Fiscalía General del Estado de Israel

– JAPON – Relator TADASHI SAKAMAKI, Profesor en la Universidad de Kobe

d) *Africa*

– EGIPTO – Relator ABDEL RAOUF MAHDY, Profesor en la Universidad de Mansoura

A todos los relatores nacionales, mi agradecimiento por haber contribuído en forma notable a la elaboración del informe general.

Para suplir la falta de informes nacionales de diversos países que no los remitieron a tiempo, tomamos en cuenta diversos informes preparados sobre el tema “La regionalización del derecho penal internacional y la protección de los derechos del hombre en los procesos de cooperación internacional en materia penal”, para la Asociación Internacional de Derecho Penal (Coloquio preparatorio en Helsinki, 1992, y XV Congreso Internacional, 1994).

Son éstos: Australia (Bruce Bannermann); Austria (Cristoph

Mayerhofer); Bélgica (Jacques Verhaegen); Dinamarca (Johan Reiman); España (Joan J. Queralt); Finlandia (Raimo Lahti y P.O. Träskman); Holanda (M. Bonn, R.C.P. Haentjens, A.M.M. Orie, A.M.G. Smit); Hungría (Péter Polt e Imre A. Wiener); Rumania (Gheorghe Nistoreanu); Suecia (Nils Rekke); Sudáfrica (John Dugard); Túnez (Sassi Ben Halima). Además de este material y para acceder a otras informaciones, también fueron consultados los informes de Jean-Dominique Schouwey y Jérôme Candrian (Suiza) y el de Iskander Ghattas (Egipto) (1).

El informe general se basó también en los trabajos de Otto Lagodny y Sigrun Reisner, "Extradition treaties, Human rights and Emergency-brake Judgements – A comparative European Survey" (2); de Nicoletta Parisi, "Estradizione e diritti dell'uomo – Fra diritto internazionale convenzionale e generale" (3); de Raúl Cervini y Gastón Chaves, "Legitimación de los sujetos eventualmente afectados por medidas de cooperación judicial penal internacional para intervenir procesalmente en el decurso de esas instancias" (4); así como en el Informe General de Julian Schutte para el Coloquio preparatorio en Helsinki y el XV Congreso de la AIDP (5).

2. EXPLICACIÓN PRELIMINAR.— Un informe general a ser discutido en congreso internacional puede optar entre dos alternativas: limitarse a una descripción detallada de los diversos sistemas jurídicos nacionales, en un análisis principalmente de-

---

(1) Los informes nacionales supra indicados fueron publicados en la *Revue Internationale de Droit Pénal*, Section IV, 1994, pp. 129 ss.

(2) Informe presentado en el Coloquio de la AIDP sobre "La regionalización del derecho penal internacional y la protección de los derechos humanos en la cooperación internacional en el proceso penal", Helsinki, 2-6 de setiembre de 1992, in *Rev. Int. Dr. Pén. cit.*, p. 543 ss.

(3) Ed. Giuffrè, 1993.

(4) V. Curso de Cooperación Penal Internacional (Valença, Río de Janeiro), Montevideo, 1994, pp. 101/122.

(5) Publicado in *Rev. Int. Dr. Pén.*, cit., pp. 39/82.

scriptivo, extrayendo algunas conclusiones del referido análisis; o bien, a partir de los puntos preponderantes indicados en los diversos informes nacionales, señalar las líneas evolutivas de la materia, destacando en ellas lo más representativo que surja de los informes.

Este informe general sigue la segunda línea. Por esta razón, su metodología consistirá primero en una breve exposición de las cuestiones clásicas, seguida del análisis de las líneas evolutivas de la cooperación internacional en materia penal, con particular atención para la cuestión de las garantías procesales.

Esta es la razón por la cual nos tomamos la libertad de agregarle al título del tema ("cooperación internacional en el proceso penal") el subtítulo: "líneas evolutivas y garantías procesales", con la finalidad de delinear desde el comienzo el enfoque del informe general.

3. COOPERACION INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES.— Dos valores relevantes, de cierta forma antagónicos, o por lo menos dialécticamente opuestos, han emergido recientemente en el ámbito de la cooperación internacional en materia penal: por un lado, la necesidad de intensificar la referida cooperación en la lucha contra el crimen; por otro, la conciencia cada vez más profunda de que los derechos fundamentales deben plantearse como término de referencia en esta materia y consecuentemente como límite a la cooperación internacional en materia penal.

El Proyecto de Resolución elaborado en 1992, durante la reunión preparatoria en Helsinki para el XV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, realizado en Río de Janeiro en setiembre de 1994, donde fueron confirmadas, había resaltado la necesidad de que frente a obligaciones internacionales contrastantes, que tiendan por un lado a la protección de los derechos del hombre y por otro a la cooperación en materia penal, los Estados diesen preeminencia a los primeros, denegan-

do la cooperación o subordinándola a algunas condiciones (6). Y es más: al ser destinatarios de pedidos de cooperación internacional en materia penal, los Estados deben preocuparse con que los tratados no les creen obligaciones que resulten en violaciones de derechos fundamentales y particularmente del derecho a no ser sometido a tortura, a ejecuciones y secuestros arbitrarios, así como a procedimientos penales que no respeten las condiciones de un proceso justo, como se lo reconoce generalmente (7). De esta forma, a modo de ejemplo, los Estados cuya legislación restringe el uso de las pruebas ilícitas deberían aplicar las mismas restricciones en relación a las pruebas obtenidas por la vía de la cooperación internacional en materia penal (8).

En busca del equilibrio entre las exigencias de cooperación y la preocupación por las garantías individuales, varias reformas en el plano interno de diversos Estados han destacado principios tales como la denominada "cláusula francesa" o de no discriminación, que prohíbe la entrega de una persona en presencia de riesgos de discriminación; o de cláusulas que evitan la exposición a tratamientos inhumanos, degradantes o lesivos de la integridad física de la persona; o la denominada "cláusula humanitaria", que posibilita la denegación de la entrega cuando debido a la edad, a condiciones de salud u otras circunstancias personales, puede considerarse la extradición incompatible con consideraciones humanitarias; o cuando la extradición pueda someter al acusado a juicio por parte de tribunales de excepción o al sentenciado a cumplir pena aplicada por esos tribunales; y finalmente, los principios que regulan de forma diferente a la del pasado las medidas cautelares refuerzan la garantía jurisdiccional, valorizan el contradictorio, enaltecen el principio de *ne bis in idem* (9).

---

(6) Proyecto de Resolución de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Helsinki, 1992, n. 2, in *Rev. Int. Dr. Pén. cit.*, p. 600/601.

(7) Proyecto cit., n. 5, p. 601.

(8) Proyecto cit., n. 7, *ibid.*

(9) NICOLETTA PARISI, *Estradizione e Diritti dell'uomo*, Giuffrè, 1993, pp. 3-5.

Esta nueva disciplina interna se inspira frecuentemente en convenciones internacionales que disponen acerca de las garantías individuales en diversos campos, como vemos a partir de varias Convenciones europeas y por la americana. Esta es la razón por la cual muchos tratados bilaterales – estipulados aún con países no pertenecientes a esas áreas – constituyen modelos de nuevas soluciones, más garantizadoras (10).

Finalmente, la jurisprudencia internacional – que también ha influido, al menos en parte, en la jurisprudencia interna – viene estableciendo, en diversos juicios que configuran un verdadero “freno de emergencia”, límites a la cooperación internacional en materia penal, prestando particular atención a las cláusulas atinentes a los derechos fundamentales (11).

Algunas de esas cláusulas tienen carácter eminentemente procesal: el *ne bis in idem*, la sentencia contra el ausente, la observancia de las garantías del debido proceso legal ante el Estado requerido; el control de la observancia de esas mismas garantías en el Estado requirente, por el requerido; la prohibición de los tribunales de excepción; los principios procesales retratados en las denominadas “cláusulas de orden público”.

Todo esto ha venido transformando el enfoque de la cooperación internacional en materia penal y procesal penal: de la clásica aseveración de que “los tratados de extradición se hacen en beneficio de los gobiernos comprometidos” (12), en base a la cual toda esta materia era considerada en un plano bidimensional, donde la persona figuraba tan sólo como sujeto pasivo, se pasa al esfuerzo de construcción de la cooperación internacional en una dimensión trilateral, donde el individuo es sujeto de de-

---

(10) ID., *ibid.*, pp. 5–7.

(11) OTTO LAGODNY Y SIGRUN REISNER, *Extradition treaties, Human rights and “Emergency-Brake” Judgements – A comparative European survey*, comunicación presentada al coloquio preparatorio de la AIDP, Helsinki, 1992, in *Rev. Int. Dr. Pén.* cit., p. 543 ss.

(12) *United States v. CORDERO*, 668 Federal 2nd 32 (1st Circuit, 1981).

rechos, tutelado por las normas internacionales y por las garantías constitucionales y legales de su propio país (13).

4. LA BASE PROCESAL DE LA TRILATERALIDAD DE LA COOPERACION INTERNACIONAL.— El enfoque trilateral de la cooperación en materia penal, en el que sobresale la figura de la persona en relación a la cual un Estado solicita la cooperación de otro, encuentra sólida base en los esquemas procesales.

Efectivamente, la cooperación internacional en materia penal involucra frecuentemente verdaderos procesos jurisdiccionales. Esto ocurre en muchas modalidades de cooperación internacional, como la extradición en la mayoría de los Estados Modernos (14) y la ejecución de sentencias penales extranjeras — en los países que la admiten (15). También es así en el caso del cumplimiento de comisiones rogatorias de Estados extranjeros (16). Y así sucede también, sobre todo, en la actual línea evolutiva de la cooperación judicial, que trata de forma unitaria, con principios generales aplicables a todas las formas de cooperación — reservando evidentemente principios específicos para cada una de ellas —, la materia que hasta ahora se presentaba fragmentaria y diseminada (17).

Ahora, un proceso jurisdiccional — así como sus incidentes — sólo puede desarrollarse en procedimiento contradictorio; y el

---

(13) Informe alemán, pp. 37–38. En el mismo sentido, RAÛL CERVINI Y GASTÁN CHAVES, *Legitimación*, cit., p. 102/104 y 121. El informe general de SCHUTTE, preparado para el XV Congreso de la AIDP, señala claramente, en base a los informes recibidos, la dicotomía entre visión dual (Alemania, Hungría) y visión trilateral de la materia (Austria, Bélgica, Holanda, Polonia), permitiendo esta última que los individuos invoquen las normas del tratado (p. 63).

(14) Ver más adelante, sobre el proceso de extradición en los países estudiados, n. 7.2.2.2.

(15) Ver más adelante, sobre el procedimiento utilizado en esta materia en los países estudiados, n. 7.2.4.

(16) Ver más adelante, sobre el asunto, n. 7.2.6.2.

(17) Ver más adelante, n. 7.2.

procedimiento contradictorio se establecerá entre los sujetos de la relación jurídica procesal: juez, demandante y demandado.

La relación procesal es siempre triple y obligatoriamente participan en ella los sujetos del procedimiento contradictorio. Esta afirmación es incontestable para la doctrina procesal moderna.

Por esta razón, frente al fenómeno de la procesalidad, no tiene sentido pensar en una relación procesal lineal, establecida sólo entre el juez y el demandante. La angularización de la relación procesal es la piedra de toque que transforma un mero procedimiento administrativo en un verdadero proceso.

Tómese el ejemplo de la extradición, la forma más tradicional de cooperación judicial internacional. En la mayoría de los Estados modernos, después de una etapa administrativa previa — destinada al juicio de admisibilidad formal y eventualmente a un juicio político de oportunidad y conveniencia —, se abre la fase jurisdiccional ante el tribunal del Estado requerido, que analiza las condiciones de admisibilidad y el mérito del pedido de extradición formulado por el Estado requirente. Si posteriormente la autoridad gubernamental permanece o no vinculada a la decisión judicial favorable a la extradición, es otra cuestión (18). Pero hubo un proceso que culminó con la decisión sobre el pedido de extradición y en caso favorable con la entrega del extraditado. Es un proceso con pluralidad de partes en el polo pasivo.

Sin analizar *ex professo* las diversas teorías procesales que explican la naturaleza jurídica de este proceso y de esta decisión — procedimiento incidente al proceso condenatorio o ejecutorio del Estado requirente, según algunos autores (19); proceso au-

---

(18) En la mayoría de los países, la decisión a favor del pedido de extradición no vincula al Gobierno, que aún puede usar su discrecionalidad para rechazarlo. Al contrario, si el pedido de extradición es denegado judicialmente, el Gobierno no puede contrariar la decisión del tribunal. Acerca de los límites del poder de discrecionalidad del Gobierno en el Estado de Israel, v. informe nacional, pp. 66/68.

(19) Cf. los relatores de la Argentina (p. 12) y de Guatemala (pp. 12-13).

tónimo cuya pretensión y sentencia serán meramente declaratorias, según otros autores (20) —, consideramos que se trata de proceso autónomo de conocimiento con pluralidad de partes en el polo pasivo: podrá tratarse de proceso meramente declaratorio, que culmine en una sentencia que declare la legalidad de la extradición y otorgue facultades para que el Estado requerido entregue al extraditado al Estado requirente. Pero cuando la decisión acerca de la legalidad de la extradición vincula al Gobierno del Estado requerido, a la sentencia declaratoria se agrega la orden de extraditar, con formación de título para la entrega del extraditado al Estado requirente, sin necesidad de proceso de ejecución. Se trata — en este caso — de proceso ejecutivo *lato sensu*, ya que a la declaración se sigue la ejecución, *sine intervallo* (21). Nótese además que en este proceso de conocimiento hay incidentes procesales de naturaleza cautelar, como los atinentes a la prisión del extraditado, al embargo y secuestro de bienes, etc.

Parece entonces que dentro del esquema del proceso meramente declaratorio, las partes participantes en el proceso de extradición son el Estado requirente, que formula el pedido declaratorio de la legalidad de su pedido de extradición; el Estado requerido, cuya facultad de extraditar, será declarada o no por el tribunal; y el extraditado, o sea la persona de la cual se requiere la extradición. O bien, en el esquema del proceso ejecutivo *lato sensu*, el Estado requirente que formula el pedido; y el Estado requerido y el extraditado, ante los cuales la orden de extradición será ejecutada.

No hay dudas entonces de que en el esquema procesal — e inclusive en otros, como el de los incidentes jurisdiccionales — el procedimiento contradictorio se establece necesariamente entre los legitimados activo y pasivo: la persona que pide (el Estado requirente), y las personas acerca de las cuales se pide la provi-

---

(20) Cf. la relatora de Uruguay (p. 13).

(21) Es el caso del sistema portugués: v. más adelante, n. 7.2.2.1, inciso "b".



sión jurisdiccional de extradición ( el Estado requerido y el extraditado). Y como sucede en cualquier proceso en procedimiento contradictorio, las posiciones de las partes estarán rodeadas de todas las garantías del *due process of law* (22). En el esquema procesal de la extradición, no cabe considerar al extraditado como un mero objeto de proceso.

Pero aún en relación a los pocos países que todavía encuadran la actividad estatal desempeñada en la extradición como meramente administrativa (23), debe desarrollarse el procedimiento en contradictorio, por el simple hecho de versar sobre conflictos de intereses que involucran derechos fundamentales. Los estudios modernos sobre procesalidad administrativa destacan la necesaria observancia de las garantías del *due process of law* en cualquier proceso administrativo que pueda derivar en una restricción de derechos (24). Esta regla – que es imperativa en el Estado de Derecho – lleva a que aún los países que no reservan para la actividad jurisdiccional procesos tales como la extradición, en estos casos coloquen la actividad administrativa bajo el resguardo del procedimiento contradictorio y del debido proceso legal (25).

---

(22) Otra sería la figura procesal si el pedido de extradición fuese formulado ante un tribunal internacional: en este caso, el Estado requirente formularía un pedido que consistiría en la prestación de la obligación de hacer por el Estado requerido, que sería parte en la demanda; pero aún así, la intervención del extraditado sería necesaria, debido a los reflejos que necesariamente tendría la decisión en su situación jurídica.

(23) Es el caso, por ejemplo, del Perú y también de México (informe nacional, p. 19), donde la manifestación del tribunal es meramente de opinión, aún en los casos en que se opone a la extradición; así como el caso del Japón, donde solamente las medidas constrictivas son tomadas por el tribunal (informe nacional, p. 6). En Suiza, aún cuando el proceso de extradición se considere administrativo, se aplican al extraditado la garantía de hacerse oír y la de ser asistido por un abogado (informe SCHOUWEY Y CANDRIAN para el XV Congreso de la AIDP, in *Rév. Int. Dr. Pén.* p. 462).

(24) Ver, por todos, en Brasil, ODETE MEDAUAR, *A processualidade no direito administrativo*, Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

(25) Informe de México, p. 19.

Trátese entonces de actividad jurisdiccional o simplemente administrativa, la extradición y las demás formas de cooperación internacional en materia penal sólo pueden resultar de formas procesales: de la procesalidad jurisdiccional, o de la procesalidad administrativa, eso no importa. Lo que importa es que en cualquier circunstancia, al incidir la actividad estatal sobre derechos y garantías del individuo, la provisión debe necesariamente ser precedida por la observancia de las garantías del *due process of law*.

Este es el fundamento procesal de la necesaria tridimensionalidad de la cooperación internacional en materia penal.

5. METODOLOGIA DE TRABAJO.— Considerando las observaciones expuestas en los n.º. 2, 3 y 4 *supra*, la metodología del presente informe general consistirá en plantear en primer lugar, las cuestiones clásicas suscitadas por la cooperación internacional en materia penal.

A continuación, el trabajo abordará las líneas evolutivas que en la actualidad se destacan más significativamente en la materia, en el marco de las informaciones atinentes a los diversos Estados, recogidas en los respectivos informes nacionales o en otras fuentes, en cada tópico a ser analizado.

Y por último, dentro de esas líneas evolutivas, se destacarán específicamente las garantías procesales consideradas necesarias para la concretización de la cooperación internacional, en el Estado requerido y en el Estado requirente, integrando a su vez las informaciones de cada país en los diversos aspectos a ser abordados.

Una advertencia: evidentemente, por tratarse de cooperación judicial internacional, este estudio podría desarrollarse observando rigurosamente las categorías fundamentales del proceso: condiciones de acción, presupuestos para la instauración válida de la relación procesal y mérito.

Así por ejemplo, en lo que respecta a la extradición, podría-

mos encuadrar diversos requisitos necesarios para su concesión, como condiciones de acción propias de un juicio de admisibilidad; por ejemplo, el óbice de la nacionalidad o de los crímenes políticos representa evidentemente casos de *imposibilidad jurídica del pedido*, ya que en esas circunstancias el ordenamiento puede vedarlo. Otros impedimentos se encuadran en la falta de *interés de actuar*, como el "*ne bis in idem*" en caso de que ya haya habido condenación con cumplimiento de la pena en el país requirente (*falta de interés-utalidad*).

Aún así, consideramos que un informe general no debe configurar una obra de doctrina, sino servir para poner en conocimiento de los lectores y los congresistas la situación actual del tema y sus cuestiones más modernas e interesantes, con las perspectivas de evolución futura. Por esta razón, este informe no se detendrá en los aspectos técnico-científicos de los temas abordados según las categorías del derecho procesal, sino que seguirá la metodología antes indicada.

6. LAS CUESTIONES CLASICAS.— La investigación acerca de la cooperación internacional en materia penal muestra que a la fase inicial de los tratados bilaterales, marcada por los intereses de los dos Estados, siguió una etapa intermedia de reglamentación legislativa en el seno de cada Estado, donde cada cual delinea el régimen jurídico al que pretende someter el asunto, de acuerdo a la ley nacional. Sólo la tercera etapa se caracteriza por una tendencia evidente rumbo a la unificación de las normas de cooperación en el plano internacional. Y para esto contribuyeron mucho el Código Bustamante, firmado en 1928 por 21 Estados americanos, el Tratado Benelux de extradición y otros documentos, todos preparando las Convenciones europea y americana sobre extradición y las Convenciones posteriores sobre materias conexas (26).

---

(26) V. Informe de Grecia, pp. 1-5, con la evolución histórica de la extradición.

Pero, aún durante esta etapa de búsqueda de normas uniformes para los diversos Estados integrantes de distintas comunidades, a lo largo de la cual fueron abiertos nuevos caminos para una cooperación internacional entre Estados que defienden los mismos valores fundamentales y siguen políticas criminalistas semejantes, continuó prevaleciendo la visión bidimensional de la cooperación internacional en materia penal, que la enfoca como un asunto reservado exclusivamente a los intereses de los Estados y en el que la persona figuraría sólo como sujeto pasivo (27).

De acuerdo a esta visión, las cuestiones clásicamente planteadas sobre el asunto – y especialmente el tema de la extradición – se limitaban a la reciprocidad, a la doble incriminación, a la prohibición de extraditar nacionales o personas incriminadas por delitos políticos, a la regla de la especialidad, además de problemas relacionados a la jerarquía de las fuentes normativas.

Sin ninguna duda, algunas de las cuestiones nuevas acerca de los derechos humanos ya venían despuntando – como la relativa a la denegación de cooperación en el caso de que en el Estado requirente la persona termine sometida a juicio por tribunales de excepción, o la atinente a una posible exigencia de conmutación de la pena de muerte o de cadena perpetua por otra pena. Pero eso ocurría de manera incipiente y fragmentaria, dependiendo de los tratados bilaterales y de las disposiciones internas de cada país. A pesar de la consolidación del derecho internacional convencional, faltaba un enfoque global que enfatizara el respeto a la dignidad de la persona, ajustando a ese valor primordial las reglas internacionales y nacionales sobre la cooperación en materia penal.

Aún teniendo en cuenta estas cuestiones nuevas, los diversos asuntos relacionados con la cooperación internacional en materia penal todavía no tenían como tónica los derechos fundamentales, presentándolos de manera fragmentaria.

---

(27) Informe de Alemania, pp. 37-38.

7. LAS LINEAS EVOLUTIVAS.— El análisis de las líneas que despuntaron más significativamente en la materia señala una profunda evolución, que puede apreciarse en algunos tópicos presentados a continuación.

7.1. *PLURALIDAD Y JERARQUÍA DE LAS FUENTES NORMATIVAS.*— Durante estos últimos años, la cooperación internacional en materia penal ha tenido un desarrollo considerable gracias a la elaboración y adopción de tratados internacionales, multilaterales o bilaterales.

En el plano multilateral, tienen relevancia sobre todo la Convención europea de los derechos del hombre, del 4 de noviembre de 1950 y el Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos, del 16 de diciembre de 1966; y para las Américas, la Convención americana sobre los derechos del hombre, del 22 de noviembre de 1969.

En el campo específico de la cooperación internacional en materia penal, debe recordarse la Convención europea sobre extradición, de 1957, con sus protocolos adicionales; la Convención europea para cooperación judicial en materia penal, de 1959, con protocolo adicional; la Convención europea sobre el valor internacional de las sentencias penales, de 1970; la Convención europea sobre transmisión de procesos penales, de 1972; la Convención sobre vigilancia de personas condenadas o en libertad condicional, de 1979 y la Convención europea sobre transferencia de personas condenadas, de 1983. Y otras más específicas, como la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes, de 1988, que también contiene normas sobre la cooperación judicial internacional. Existen además los Acuerdos de Schengen sobre cooperación internacional entre los servicios de policía, ratificados por los países europeos y aplicables a partir del 1° de diciembre de 1993 y el Tratado de Maastricht, con vigencia a partir del noviembre del mismo año, sobre la facilitación de la libre circulación de personas y la co-

operación de los países comunitarios europeos en materia de justicia e seguridad.

Para tener un panorama de los países europeos y extra-europeos que ratificaron la Convención sobre extradición (ECE) y su segundo protocolo (2<sup>nd</sup> AP-ECE), así como la de cooperación judicial (ECMACM) y la de transferencia de presos (CTSP), ver los anexos 1 y 2 (28).

En el continente americano, después del Código Bustamante de derecho internacional, firmado en 1928 por 21 Estados, y la Convención americana sobre los derechos del hombre ya mencionada, tiene relevancia el Proyecto de Convención interamericana sobre cooperación judicial en materia penal.

También constituyen fuente de derecho internacional varios tratados plurilaterales regionales, entre los cuales vale recordar los dos de Montevideo (29) y los de Benelux (30), Riad y El Cairo (31). Aún a nivel regional, el estrechamiento de los lazos entre Estados pertenecientes a la misma comunidad podrá también dar sus frutos en el campo de la cooperación internacional en materia penal: recuérdese el área del NAFTA (32), del MERCOSUR (33), de la APEC (34), de algunos países árabes (35) y en Africa, de la CEDEAO y de la UDEAC (36).

En cuanto a los tratados bilaterales, todos los países – en mayor o menor cantidad y en amplitud mayor o menor – los firmaron. Y como señala el Informe General para el XV Congreso Internacional de la AIDP (37), mientras se nota en los

(28) Datos extraídos del Informe de Alemania, pp. 5/6.

(29) Entre Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, el primero, y entre Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y El Salvador, el segundo.

(30) Entre Bélgica, Holanda y Luxemburgo.

(31) Entre los Estados miembros de la Liga Árabe.

(32) Entre los Estados Unidos de América, Canadá y México.

(33) Entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

(34) La cooperación Asia-Pacífico reúne 15 miembros.

(35) Entre Egipto, Jordania, Irak y Yemen.

(36) Comunidad económica de Africa del Oeste y de Africa central respectivamente.

países europeos una preferencia clara e incontestable por los tratados multilaterales, sobre todo los de índole regional – por razones prácticas y de principio –, la vía de los tratados bilaterales aún es preferida por países como Sudáfrica, Australia, Canadá y Estados Unidos de América, que manifiestan su deseo de selectividad en la elección de los *partners*.

Sin duda, la consolidación de comunidades regionales podrá cambiar el panorama en los países extra-europeos también en el campo de la cooperación internacional en materia penal.

De cualquier modo, es incuestionable la influencia del derecho convencional en la intensificación de nuevas formas de cooperación, que llevó a muchos Estados europeos a introducir en sus sistemas jurídicos internos, una legislación específica destinada a otorgarles mayor organicidad, tratando la materia a partir de una visión de conjunto (38).

En cuanto a la jerarquía de las fuentes normativas, es raro encontrar países que coloquen los tratados en un nivel inferior al de la ley interna (como lo hace Israel): en la gran mayoría de los Estados, las convenciones y tratados, cuando se ratifican y se introducen en el sistema nacional, ocupan el mismo nivel que la ley – y en los Estados de régimen federalista, que la ley federal. En otros países, se sitúan en un nivel jerárquico superior a la ley, derogando sus disposiciones en contrario (Argentina, Costa Rica, Francia, Grecia, reforma constitucional uruguaya).

En algunos Estados, los derechos fundamentales reconocidos por convenciones y tratados integrantes del derecho interno tienen el mismo nivel jerárquico que las normas constitucionales (Brasil, Suiza). En otros países y al menos en la opinión de los relatores nacionales, las convenciones sobre derechos humanos ocupan una jerarquía superior a la de la propia Constitución (Chile, México).

---

(37) SCHUTTE, in *Rév. Int. Dr. Pén. cit.*, p. 49.

(38) V. más adelante, n. 7.2.

Tales datos son relevantes para examinar la cuestión del conflicto entre tratados pluri o bilaterales y las convenciones internacionales sobre derechos humanos, que pueden resolverse de diversas formas en el ámbito interno de cada país, dependiendo de la jerarquía que éste les otorgue. Los ejemplos más frecuentes, señalados sobre todo en el campo de la extradición, son los siguientes (39):

– Cómo combinar la obligación de extraditar según un tratado bilateral que no contiene cláusula relativa al derecho de asilo, con las Convenciones que tratan de los refugiados?

– Cómo conciliar la obligación de extraditar con la de la Convención de las Naciones Unidas sobre tortura, en los casos en que hay razones para creer que el extraditado corre peligro de ser sometido a torturas, si el Estado requirente no forma parte de la Convención sobre tortura?

– Cómo combinar la obligación de extradición con el VI Protocolo adicional de la Convención europea sobre derechos del hombre, que abole la pena de muerte?

– Cómo conciliar la obligación de no aceptar como prueba ninguna confesión obtenida mediante tortura, con la obligación de un tratado sobre transferencia de presos, según la regla de aceptación de los hechos tal como fueron establecidos por el Estado donde ocurrió la condenación?

Pero es innegable que en diversos países existe una fuerte tendencia hacia el predominio de las reglas convencionales sobre derechos humanos, en relación a las de otros tratados y convenciones, de modo que estas últimas reglas deben ceder frente a los dictámenes de las primeras (Alemania, Australia, Austria, Brasil, Canadá, Chile, Egipto, Italia, México, Portugal, Suiza). Y esto es así por consideraciones de orden interna, pero también por consideraciones de orden internacional, ya sea basadas en la idea del *ius cogens*, por el cual los derechos fundamentales reconocidos a nivel internacional representarían reglas perentorias en

---

(39) SCHUTTE, *ibid.*, p. 66.



el campo de las relaciones internacionales (40), sea ante los artículos 103 y 55 de la Carta de las Naciones Unidas (41).

La verdad es que la preponderancia de las reglas orientadas hacia la tutela de los derechos y libertades del individuo, respecto a las que configuran la obligación de prestar cooperación internacional, puede afirmarse recurriendo a diversos criterios hermenéuticos (42). Pero la conclusión es una sola: la preponderancia del núcleo fundamental de los derechos y garantías sobre las demás normas (43).

De acuerdo a esta postura, vale recordar el precedente de la Corte Europea de los Derechos del Hombre en el caso SOERING, ciudadano alemán cuya extradición los Estados Unidos de América solicitaron al Reino Unido. La Corte – adonde recurris el extraditado – ordenó al Reino Unido la observancia de sus obligaciones derivadas de la Convención europea de los derechos del hombre, rechazando la extradición de Soering a los Estados Unidos de América, donde corría el riesgo de ser condenado a muerte y consecuentemente, de ser sometido a esperar en el “corredor de la muerte”, en situación de aislamiento por tiempo indeterminado, lo que equivaldría a un tratamiento inhumano proscrito por el art. 3º de la Convención. Fue esta circunstancia y no el riesgo de pena de muerte, lo que impidió la extradición (44).

---

(40) ID, *ibid.*, p. 68, donde se nota ? a pesar de todo ? que los informes nacionales presentados al XV Congreso de la AIDP no ofrecen ejemplos de rechazo al cumplimiento de tratados por ese fundamento.

(41) El artículo 55 proclama que las Naciones Unidas deben promover el respeto universal de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales; y el artículo 103 expresamente prevé la preponderancia de las obligaciones derivadas de la Carta respecto a las provenientes de otros acuerdos internacionales.

(42) V. NICOLETTA PARISI, *Estradizione*, cit., p. 48 ss.

(43) En este punto, la Constitución brasilera de 1988 es explícita y no se limita a conferir nivel constitucional a las garantías de los derechos fundamentales incluidas en los tratados (art. 5º, par. 2º.), pero aún así afirma que en las relaciones internacionales, Brasil se regirá por la “preponderancia de los derechos humanos”.

(44) Caso *Soering*, Corte Europea de los Derechos Humanos, Serie A, n. 161, juicio de 7 de julio de 1989, in 28 I.L.M. (1989), p. 1063 ss. *Soering* terminó siendo

7.2. *EL TRATAMIENTO SISTEMÁTICO DE LA COOPERACIÓN PROCESAL EN MATERIA PENAL.*— De un tratamiento fragmentario de la amplia materia que es objeto de la cooperación internacional en materia criminal, cuya tónica era marcada prioritaria o hasta exclusivamente por el instituto de la extradición, llegamos hoy a una visión conjunta de los diversos instrumentos que sirven a la cooperación judicial. Algunos ejemplos de esto son: el proyecto de Convención americana sobre cooperación judicial en materia penal y algunos tratados bilaterales, como el celebrado entre Brasil e Italia en 1992, que rige simultáneamente diversas formas de cooperación.

Esta visión sistemática, profundamente influenciada por el derecho convencional, condujo a una nueva legislación en el plano interno, de la cual son ejemplo: la ley federal sobre cooperación judicial en materia penal, de la Confederación Helvética (20 de marzo de 1981); la ley alemana de 1982; el nuevo Código de Proceso Penal de Italia (1988), que reservó el Libro XI a las relaciones jurisdiccionales con autoridades extranjeras; el Criminal Justice International Cooperation Act del Reino Unido (1990) y en Portugal, el nuevo Código de Proceso Penal de 1987 y sobre todo el decreto-ley n. 43, del 22 de enero de 1991, sobre cooperación judicial internacional en materia penal. También Austria trata hoy en ley interna, varias modalidades de cooperación judicial en un cuadro general; y otros Estados, como España, preparan legislación interna con los mismos objetivos.

Este informe general seguirá el modelo del decreto-ley portugués de 1991, con la finalidad de señalar las líneas evolutivas más recientes en la materia.

El decreto-ley referido se estructura en siete títulos que reúnen sucesivamente las disposiciones generales y comunes a todas las formas de cooperación; la extradición; la transmisión de procesos penales; la ejecución de sentencias; la vigilancia de

---

extraditado cuando los Estados Unidos ofrecieron garantías más amplias de que no habría imposición de pena de muerte (*apud* LAGODNY Y REISNER, *Extradition treaties* cit., p. 544).

personas condenadas o en libertad condicional y el auxilio judicial general — éste comprende una extensa serie de actos de cooperación.

Pasamos entonces a examinar esa materia, de acuerdo al orden anteriormente expuesto.

7.2.1. *Disposiciones comunes a todas las formas de cooperación.*— El hecho de establecer reglas generales aplicables a todas las formas de cooperación judicial internacional no indica sólo una mejor sistematización de la materia, tratada unificadamente, sino sobre todo el hecho de que no sólo la extradición, sino todas las medidas capaces de causar cualquier vejamen a las personas exigen el respeto de los derechos fundamentales, con límites precisos para la actividad interestatal (45). Y eso está estrechamente relacionado con el enfoque tridimensional de la cooperación internacional y con su base procesal, de la que deriva una rigurosa observancia del contradictorio y de las demás garantías del debido proceso legal (46).

En este panorama, las disposiciones generales de la ley portuguesa se aplican a todas las formas de cooperación judicial internacional, sin perjuicio de las reglas específicas aplicables a cada instituto y tratadas en los títulos siguientes.

En primer lugar se destaca el *carácter subsidiario* de la ley en lo relativo a los tratados y convenciones, lo que la hace aplicable en caso de falta o insuficiencia de éstos (art. 3º). Corolario de este principio es que la ley no confiere derecho a exigir ninguna forma de cooperación (art. 2º).

La idea del carácter subsidiario y la posibilidad de cooperación en el caso de falta de tratados se desprende de muchos informes nacionales, como los de la Argentina, Australia, Grecia, Israel (con excepción de la extradición), Japón y Uruguay. El in-

---

(45) Explicito en este punto es el informe general para el XV Congreso Internacional de la AIDP, de SCHUTTE (pp. 63 e 69).

(46) V. *supra*, ns. 3 y 4.

forme alemán distingue – por esta razón – entre deber de extraditar (*obligación*) y facultad de extraditar (*autorización*).

El principio de la cooperación internacional en ausencia de tratados está ligado al de la *reciprocidad*. El art. 4° de la ley portuguesa destaca este principio, pudiendo la garantía de la reciprocidad ser solicitada y otorgada si las circunstancias lo exigieren. Pero la falta de reciprocidad no impide la satisfacción del pedido de cooperación, siempre que sea aconsejable en razón de la naturaleza del hecho o de la necesidad de luchar contra formas graves de criminalidad; cuando pueda mejorar la situación del acusado o servir para su reinserción social; o cuando sirva para aclarar hechos imputados a un nacional.

El principio de la reciprocidad en lo que respecta a la extradición aparece mencionado en la mayoría de los informes nacionales, pero sin la clara definición de principios de la ley portuguesa.

En el art. 6° de la ley portuguesa se encuentran los *límites a la cooperación internacional*, denominados “requisitos generales negativos”. El pedido de cooperación es rechazado cuando:

a) el proceso no satisfaga o *no respete* las exigencias de la *Convención Europea de los Derechos del Hombre* o de otros instrumentos internacionales relevantes en la materia, debidamente ratificados.

Sobre ese punto, ya señalamos la fuerte tendencia de diversos países en cuanto a favorecer el predominio de las reglas convencionales sobre derechos humanos, en relación a las de otros tratados y convenciones, de modo que estas últimas reglas deben ceder ante los dictámenes de las primeras (Alemania, Australia, Austria, Brasil, Canadá, Chile, Egipto, Italia, México, Suiza). Pero en general no existe disposición expresa en este sentido en las leyes nacionales ni en la mayoría de los tratados bilaterales. Entre los países estudiados, solamente Austria y Suiza contemplan dispositivo como el de la ley portuguesa (47). Y el de Suiza es aún más preciso: el pedido de cooperación en materia penal – reza el art. 2° EIMP – no será admitido si se constata

que el *proceso en el país extranjero* no se desarrolló conforme a los principios procesales fijados por la Convención europea de 1950 (48).

En lugar de esto, frecuentemente se encuentra en las leyes internas y en los tratados una cláusula que impide cualquier cooperación que vulnere el *ordenamiento nacional* o las *leyes del país*, o el *orden público*. Digamos a modo de ejemplo que así sucede en Alemania, Brasil, Costa Rica, España, Grecia, México, Uruguay. En esa fórmula podrían encuadrarse comodamente los derechos fundamentales, en la medida en que todas las constituciones nacionales modernas contemplan un amplio capítulo dedicado a ellos. Otros países como Bélgica, Egipto, Estados Unidos de América, Hungría, Polonia y Rumania no incorporaron esa expresión, que de cualquier forma — como nota SCHUTTE — no siempre fue efectiva para impedir la cooperación cuando significó violación de derechos fundamentales (49).

b) haya fundadas razones para creer que la cooperación fue solicitada con la finalidad de perseguir o castigar a una persona en virtud de su *raza, lengua, de sus convicciones políticas o ideológicas o de su pertenencia a un grupo social determinado*.

La inmensa mayoría de los informes nacionales estipula los mismos límites para la extradición.

c) exista peligro de *agravamiento de la situación procesal* de una persona, por cualquiera de las razones indicadas en el *inciso anterior*.

Se trata de un perfeccionamiento de la regla anterior, que no se menciona en los informes nacionales.

d) pueda conducir a juicio por parte de un *tribunal de excepción* o acabar respetando la ejecución de sentencia proferida por un tribunal de esta naturaleza.

---

(47) V. también informe SCHUTTE para el XV Congreso de la AIDP, p. 69.

(48) Informe suizo para la AIDP, de SCHOUWEY Y CANDRIAN, p. 458.

(49) Informe SCHUTTE, pp. 69/70.

En este caso, la denegación de la extradición es practicada por varios países (50).

e) el hecho al que respecta es punible con *pena de muerte* o con pena de *prisión perpetua*.

f) se refiera a una infracción a la que corresponda *medida de seguridad con carácter perpetuo*.

Aún así, lo dispuesto en estos dos últimos incisos no obsta a la cooperación: a) si el Estado requirente conmutó las penas o retiró el carácter perpetuo a la medida; b) si se acepta la conversión de las mismas por parte del tribunal portugués, según las disposiciones alicables al crimen en este Estado; c) si se presume la no aplicación de esas penas o medidas.

Nótese que la Convención europea sobre extradición prevé la posibilidad de su rechazo por parte del país requerido, cuando en éste no se prevé o generalmente no se ejecuta la pena de muerte. En esa misma línea, la mayoría de los países estudiados acompaña la postura de la ley portuguesa. Exceptuándose naturalmente los Estados que contemplan en sus ordenamientos la pena de muerte, como Chile, los Estados Unidos de América, Grecia y Japón, exigiéndose a pesar de eso que la pena capital esté prevista para el crimen en ambos países. La cuestión de la pena de muerte se trata de forma diferente en Egipto, de acuerdo a lo dispuesto en tratados bilaterales como los firmados con Francia, Hungría y Jordania (51).

El artículo 7º de la Ley portuguesa trata de otros límites a la cooperación, rechazada cuando el proceso se refiere a *crimen político o crimen conexo a éste*, de acuerdo al concepto de Portugal. Y también cuando se trate de *crimen militar* que no esté simultáneamente previsto por la ley penal común. Sobre crimen militar,

---

(50) Acerca de este punto, como la Convención europea no es explícita, diversos Estados presentaron reservas tendientes a negar la extradición en caso de tribunales *ad hoc*: es éste el caso de Austria, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Islandia, Portugal, Suecia y Suiza: v. LAGODNY Y REISNER, *Extradition treaties* cit., pp. 560/561. Y algunos ordenamientos, además del portugués, introdujeron la prohibición en su legislación nacional (Brasil, Egipto, Suiza y Uruguay).

(51) Informe nacional, pp. 11/12.

v. la excepción para efectos de extradición en el art. 31 del decreto-ley (52).

Según el propio art. 7º, no se consideran de naturaleza política a) el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y las infracciones graves según las Convenciones de Ginebra; b) las infracciones referidas en el artículo 1º de la Convención Europea para la represión del terrorismo; c) los actos referidos en la Convención adoptada por la ONU contra la tortura y otras penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes; d) cualquier otro crimen al que se retire la naturaleza política por tratado, convención o acuerdo internacional de que Portugal forme parte.

Practicamente todos los informes nacionales excluyen la extradición cuando se trata de crimen político y la mayoría también lo hace para el crimen militar. Pero hay muchas dudas acerca de la conceptualización de esas infracciones y enormes confusiones en cuanto a los límites de la prohibición. La línea de la ley portuguesa, directamente informada por el derecho convencional europeo parece responder a esas dudas y confusiones. Un impedimento a la cooperación internacional que Portugal abolió y que aún permanece vigente en varios Estados para la extradición es el atinente a los *crímenes fiscales*, que fue considerablemente restringido por el art. 2º del Segundo Protocolo de la Convención europea sobre extradición, así como a los *crímenes de prensa*.

En el art. 8º, la ley portuguesa aún impide la cooperación según la regla del *ne bis in idem*, especificando que ésta ocurre cuando en Portugal o en cualquier otro Estado: a) el proceso terminó con sentencia absolutoria con autoridad de cosa juzgada o con decisión de archivar; b) la sentencia condenatoria está cumplida o no puede cumplirse según el derecho del Estado en que fue proferida; c) el proceso penal se encuentra extinto por cualquier otro motivo. El dispositivo abre excepciones para los

---

(52) V. más adelante, n. 7.2.2.1, "a".

Estados requirentes que justifiquen el pedido con fines de revisión de la sentencia, siendo los fundamentos de ésta idénticos a los admitidos en el derecho portugués; y también cuando la cooperación sirva para la reapertura de un proceso archivado, en los casos previstos por ley.

Los Estados contemplan en general la prohibición del *ne bis in idem* para la extradición, pero tratándola de manera más o menos amplia.

Así por ej., Grecia adopta la posición más amplia, recomendada por los IX y X Congresos Internacionales de la AIDP, de 1964 y 1969 (53), negando la extradición en el caso de procesos anteriores por el mismo hecho y que hayan derivado en absolución, condena o extinción de la punibilidad, por cualquier causa, ante el Estado requirente, el Estado requerido o un tercer Estado. Israel acompaña esa postura, aunque algunos miembros de la Corte Suprema hayan manifestado a veces una opinión más restringida (54).

En una posición más restringida se colocan, v.g., Brasil, Costa Rica y Japón, donde el *ne bis in idem* opera sólo cuando el extraditado haya sido condenado o absuelto en el Estado requerido; pero las causas extintivas de la punibilidad son tenidas en cuenta sea que se hayan dado en el país requerido o en el requirente.

En una posición intermedia se sitúan los Estados Unidos de América: en general, los tratados cuidan de la prohibición amplia del *double jeopardy*, observando esta regla sea que se trate de un proceso en el Estado requerido o en el requirente, sea en un tercer Estado. Pero el debilitamiento general de la protección al acusado, mediante la interpretación de las garantías constitucionales por parte de la Suprema Corte, llevó a la observancia me-

---

(53) V. informe griego, pp. 46/48, por el cual se constata también que el informante nacional es contrario a esa amplitud.

(54) Informe nacional de Israel, pp. 43/45, refiriéndose al caso de Rochelle Manning, en 1993, en que se discutió si el archivo por parte del Tribunal de Jurados norteamericano impediría el posterior pedido de extradición.



nos rigurosa del *ne bis in idem*. Se entiende así que si el Estado requirente no prevé la prohibición del *double jeopardy*, la extradición puede ser concedida por los Estados Unidos (55).

El art. 10 de la ley portuguesa permite que se rechace la cooperación si la *reducida importancia de la infracción* no la justifica. Se trata de aplicar el criterio de los límites objetivos de la extradición (en cuanto a los crímenes por los cuales ésta puede concederse) a otras formas de cooperación.

La *protección del secreto* está prevista en el art. 11, que explicita en los pedidos de cooperación, la observancia de las reglas internas de Portugal en cuanto al rechazo a testimoniar, a las aprehensiones, a las interceptaciones telefónicas, al secreto profesional o de Estado y en todos los otros casos en que el secreto sea protegido. De ese modo, las garantías del derecho interno pasan al plano transnacional.

La regla de la *detracción del tiempo de prisión* sufrido en el extranjero, como consecuencia de cualquier forma de cooperación judicial (art. 13) es regla más amplia que la normalmente encontrada en diversos Estados, que la reservan para la extradición.

El art. 14 de la ley prevé la aplicabilidad de la ley portuguesa a la *indemnización* debida por prisión ilegal o injustificada, o por otros daños sufridos por el sospechoso o acusado, tanto en el caso de que Portugal sea el Estado requerido, como el requirente. Aquí también se nota la preocupación con la observancia de las garantías, que del plano interno pasan al transnacional.

La disciplina sobre *concurso de pedidos* evidencia nuevamente la preocupación con los derechos fundamentales: el art. 15 estipula que al solicitar la cooperación internacional en relación al mismo o a diferentes hechos, la concesión se haga en favor del Estado que teniendo en cuenta las circunstancias del caso, asegure mejor los intereses de la justicia y de la reinserción social del sospechoso, acusado o condenado.

---

(55) Informe norteamericano, in *Rév. Int. Dr. Pén.*, cit., p. 513/514.

Se trata de una regla que toma en consideración los intereses de la persona, sujeto de derechos, y no los de los Estados requirientes y por eso mismo se aleja de las soluciones tradicionales en el sentido de la preferencia por el Estado del que la persona salió, o por aquél en el que la infracción se practicó, o aún – tratándose de diversas infracciones – por aquél en el que se practicó la infracción más grave (56).

El art. 16 de la ley trata del *principio de especialidad*, por el cual la persona que comparece en Portugal o ante un Estado extranjero, para participar en un proceso como sospechoso, acusado o condenado, no puede ser perseguida, juzgada, detenida ni sujeta a ninguna otra restricción a la libertad por hecho anterior a su presencia en el territorio, diferente del que origina el pedido de cooperación. Y tratándose de comparecencia ante autoridad extranjera, el Estado que formula el pedido debe ofrecer las garantías necesarias para el cumplimiento de la regla de especialidad.

El dispositivo abre excepciones para la inmunidad cuando: *a)* la persona, teniendo la posibilidad de abandonar el territorio portugués o extranjero, no lo hace en 45 días; *b)* regresa voluntariamente a uno de esos territorios; *c)* el Estado que autoriza la transferencia, oído previamente el sospechoso, acusado o condenado, consiente en derogar la regla de la especialidad. Se prevé también la posibilidad de solicitar, mediante nuevo pedido, la extensión de la cooperación a hechos diferentes de los que fundamentaron el anterior.

Aunque todos los Estados estudiados adopten el principio de la especialidad para la extradición pasiva – frecuentemente con garantías solicitadas al Estado requirente (como el Brasil) – y muchos se subordinen a la misma regla para la extradición activa (como Francia), la disciplina portuguesa es más amplia y detallada.

---

(56) V. informe griego, p. 53.

A continuación, el art. 17 trata de la *denegación facultativa* de la cooperación internacional, cuando el hecho que la motiva es objeto de proceso penal en curso en Portugal o cuando el hecho deba o pueda ser objeto de proceso penal de *competencia de la autoridad portuguesa*. Se trata de una regla común en las leyes y tratados sobre extradición.

Pero en el mismo dispositivo se incorpora la posibilidad de denegar la cooperación, cuando teniendo en cuenta las circunstancias del hecho, la postergación del pedido pueda implicar *consecuencias graves* para la persona en razón de su *edad, estado de salud u otros motivos de carácter personal*.

Se trata de la adopción de la denominada *cláusula humanitaria*, introducida por la vía de la reserva en la Convención europea sobre extradición — que no la contiene —, por parte de Dinamarca, Finlandia, Francia, Holanda, Islandia, Luxemburgo, Noruega, Suecia; y que también aparece reiterada en algunos tratados bilaterales de extradición firmados con algunos de los países antes mencionados, incluyendo por ej., Australia, Ecuador, Portugal, San Marino y Estados Unidos de América, o aún tratados entre diversos países, como Australia y Suiza (57). El principio retrata bien la importancia de la posición del individuo en la cooperación internacional.

Por último, el Capítulo II de las Disposiciones generales de la ley portuguesa trata desde cuestiones relacionadas con la lengua, la tramitación del pedido y sus requisitos, hasta la necesaria fundamentación de la decisión de inadmisibilidad del pedido y de su comunicación a la autoridad que la formula, a la competencia interna en materia de cooperación internacional, a los costos, a la transferencia de personas y al destino del pedido definitivamente no atendido.

En este capítulo, dos reglas merecen destaque, debido a su contenido garantizador: la atinente a la entrega de objetos y valores y la relativa a las medidas provisionales urgentes.

---

(57) V. LAGODNY Y REISNER, *Extraditions*, cit., pp. 554/556.

En el art. 27 se trata del pedido de cooperación, versando sobre *entrega de objetos y valores* que pueden remitirse con algunas cautelas, resalvados los derechos de terceros de buena fe y de los legítimos propietarios o poseedores – incluyendo el Estado. Pero en caso de *oposición* a la entrega, los objetos y valores sólo serán remitidos después de decisión favorable por parte de la autoridad judicial – sujeta a recurso.

Las *medidas provisionales urgentes* aparecen tratadas en el art. 28, que prevé que la autoridad judicial extranjera formule el pedido de medida cautelar, o de la práctica de un acto que no admite demora, a la autoridad judicial portuguesa por vía postal o telegráfica o por cualquier otro medio que permita registro escrito o que sea admitido por la ley portuguesa. La urgencia deberá ser motivada. La autoridad judicial portuguesa sólo podrá considerar admisible el pedido si coincide con la propia ley.

El dispositivo es importante, no sólo porque exige la formulación del pedido por parte de la autoridad judicial extranjera, sino también porque lo somete a control jurisdiccional en Portugal. Y aún porque tales garantías se adoptan fuera del estricto ámbito de la extradición, involucrando providencias sobre los bienes.

A propósito, todo el Título I se encuadra en la óptica destacada por CERVINI Y CHAVES, en el sentido de que en la cooperación judicial internacional, la posibilidad de que la persona resulte perjudicada no se limita a la extradición – la llamada “medida de cooperacisn de tercer grado” – sino que se extiende a las medidas que pueden causar gravamen a los bienes – a las llamadas “medidas de cooperación de segundo grado” – y hasta a las medidas de simple asistencia procesal – las llamadas “medidas de cooperación de primer grado”. Y a partir de esas consideraciones, hay que reconocerle legitimidad al individuo para participar de los actos de cooperación judicial en materia penal (58).

---

(58) *Legitimación*, cit., pp. 104/105.

7.2.2. *La extradición.*— Iniciando el tratamiento específico de la materia, con normas propias para cada instituto — a las cuales, como ya dijimos, se agregarán los principios generales comunes a todos ellos —, el Título II del decreto-ley portugués n. 43/91 trata de la extradición (59). Reiterando las observaciones hechas en este informe, donde se tomó la extradición como paradigma para analizar la procesalidad jurisdiccional o administrativa (n. 4) y se ejemplificó con las categorías fundamentales del derecho procesal (n. 5) —, examinaremos la ley portuguesa en relación a las líneas generales atinentes al instituto, resaltando solamente sus aspectos más significativos, ya que se trata de materia clásica bastante trabajada en el ámbito internacional y en el interno.

7.2.2.1. *Extradición pasiva.*— a) Las normas portuguesas sobre extradición pasiva comienzan por las *condiciones de extradición*, que sumadas a otras condiciones indispensables a todas las formas de cooperación judicial internacional pueden caracterizar condiciones de la acción (60).

El art. 30 de la ley trata de la *doble incriminación*, exigiendo que el crimen sea punible por la ley portuguesa y por la ley del Estado requirente, con pena privativa de libertad de duración máxima no inferior a un año; o en la extradición pedida para cumplimiento de pena privativa de la libertad, cuando la parte de la pena que queda por cumplir no sea inferior a cuatro meses.

En relación al primer punto, todos los informes nacionales contemplan el mismo principio, resalvadas las variantes en cuanto al tipo de crimen (Canadá, Israel, Uruguay) y a la dura-

---

(59) En Portugal, la extradición estaba regulada por el Decreto-ley n. 436/75, que ya se ajustaba a la convención Europea. Pero la conveniencia de tratar conjuntamente todas las formas de cooperación, modificaciones posteriores introducidas por el nuevo CPP y algunas decisiones del Tribunal Constitucional llevaron a la reformulación de la materia (V. Exposición de Motivos del Decreto-ley).

(60) Ver *supra*, n. 5.

ción de la pena (en Grecia, en caso de reincidencia, la extradición puede concederse independientemente de la pena fijada para el crimen). Pero en lo que respecta al tiempo de ejecución, no hay referencias en los informes nacionales al cuidado de la ley portuguesa.

La extradición también se excluye (art. 31) cuando el crimen haya sido cometido en *territorio portugués* y cuando la persona reclamada tenga *nacionalidad portuguesa*. La calidad de nacional será examinada en el momento en que se tome la decisión sobre la extradición.

En ambos casos, serán solicitados al Estado requirente los elementos necesarios para instaurar o continuar el proceso penal en Portugal.

La exclusión por el principio de territorialidad es común en los Estados estudiados, así como el principio *aut dedere aut accusare* (61).

Sobre la condición de nacional existe un tratamiento bastante uniforme por parte de los diversos países, con alguna especificación cuando el crimen haya sido cometido antes de la obtención de la nacionalidad del país requirente, como en el Brasil (62). En Polonia, el concepto de "nacional" cubre también a los extranjeros que hayan recibido asilo político en el país (63). Contrariamente, en los Estados Unidos de América y en Inglaterra, según información del relator del Japón, no se impide la extradición en función de la nacionalidad del agente (64).

---

(61) Ver más adelante, n. 7.2.3.

(62) La Constitución de 1988 permite la extradición del brasileño que se naturalizó después de la comisión del crimen, así como la del naturalizado ya anteriormente cuando se trate de tráfico de estupefacientes. Pero el Supremo Tribunal Federal entendió que la regla no tiene eficacia plena ni aplicabilidad inmediata, dependiendo de ley ordinaria que comporte cognición más amplia en la medida necesaria para la evaluación del examen de mérito. Por esta razón, la extradición fue denegada (informe brasileño, p. 3).

(63) Informe nacional, pp. 2/3.

(64) Informe japonés, p. 3.

Interesantes consideraciones sobre el óbice de la nacionalidad ofrece el relator de Grecia, para quien el impedimento constituye un signo de desconfianza de los Estados en relación a la justicia de otros países, obstaculizando una cooperación judicial más amplia, de modo que podría abolirse al tratarse de Estados pertenecientes a la misma comunidad, con instituciones judiciales congéneres (65). Se puede llegar a la misma conclusión a medida que se consolide el control del Estado requerido sobre la observancia del *fair trial* en el Estado requirente, siguiendo la línea evolutiva de la cooperación judicial internacional (66).

El mismo art. 31 del decreto-ley portugués, *exceptuando la prohibición de cooperación para crímenes militares*, que está incluida en el art. 7º de las disposiciones generales (67), permite que en el ámbito de acuerdos militares o no, los crímenes puramente militares sean objeto de extradición. Sobre la posición de los informes nacionales en cuanto a la extradición por crímenes militares, v. *supra*, n. 7.2.1.

Una prohibición de extraditar que Portugal abolió y que aún permanece vigente en varios Estados es la atinente a los *crímenes fiscales*, que fue considerablemente restringida por el art. 2º del Segundo Protocolo de la Convención europea sobre extradición, ésta es también la situación de los *crímenes de prensa*.

b) Después de algunas reglas que tratan de la extradición por crímenes cometidos en un tercer Estado (art. 32), de la prohibición de reextradición para un tercer Estado por parte del Estado requirente (art. 33), de la extradición postergada cuando la persona se encuentre cumpliendo pena privativa de libertad en Portugal por crímenes diferentes de los que fundamentaron el pedido (art. 34) o de su entrega temporaria (art. 35), de los pedidos concurrentes de extradición (art. 36) — temas en los que los

---

(65) Informe griego, pp. 107/108.

(66) Ver más adelante, n. 7.4.2.

(67) Ver *supra*, n. 7.2.1.

informes nacionales retratan soluciones parecidas —, la ley portuguesa se detiene sobre las *medidas coercitivas*.

Las *medidas de detención* aparecen tratadas en los arts.37/39 y 64/66: son ellas la detención provisoria, como medida *cautelar solicitada* por el Estado requirente, con sus formalidades y plazos y que sólo puede ser autorizada por el tribunal cuando no existan dudas sobre la competencia del Estado requirente (arts.37, 64 y 65). Y la *detención no solicitada* de personas buscadas por el Estado extranjero, efectuada por la policía con control jurisdiccional posterior, aún antes del pedido de extradición, cuando los hechos justifiquen la referida extradición (arts.38 y 66).

Los arts. 40 y 67 cuidan de las *medidas que no determinan detención*, con la entrega de las cosas aprehendidas (art. 41).

En toda esta materia se encuentra gran uniformidad de tratamiento en la ley portuguesa y en los Estados estudiados, inclusive en lo que respecta al control jurisdiccional sobre las medidas restrictivas. Pero hay que señalar que en muchos países, aunque no haya pedido de prisión cautelar por parte del Estado requirente, el propio Estado requerido procede al encarcelamiento, que llega a ser considerado condición de procedibilidad de la extradición, como en Brasil (68). En Suiza el tiempo de duración de la prisión debe respetar el principio de la proporcionalidad, debiendo estar contenido dentro del *plazo razonable* al que alude la Convención europea (69).

Tampoco hay grandes novedades en las disposiciones portuguesas sobre la *fuga del extraditado* después de su entrega al Estado requirente, estando prevista su nueva detención y reentrega (arts.42 y 68/70), ni en cuanto a la facultad de *tránsito* por el territorio o espacio aéreo portugués de persona extraditada de un Estado extranjero para otro (art. 43) — observados ciertos requisitos.

---

(68) Informe nacional, p. 9/11.

(69) Informe suizo de SCHOUWEY Y CANDRIAN preparado para el XV Congreso de la AIDP, p. 461 de la *Rév. Int. Dr. Pén.*, cit.



7.2.2.2. *El proceso de extradición.*— A continuación trata la ley portuguesa del *proceso de extradición*. Es en esta Sección que se encuentran las garantías de la persona solicitada y su papel primordial como sujeto del proceso.

Vienen a colación aquí, una vez más, las consideraciones ya hechas en este informe sobre la naturaleza jurídica del proceso de ejecución y sobre las condiciones de la acción y el mérito del pedido. Para eso, remítase el lector a los números 4 y 5 de este informe.

En Portugal, así como ocurre — salvo raras excepciones (70) — en la mayoría de los países estudiados, el proceso de extradición tiene una vertiente administrativa y otra jurisdiccional (art. 49). En la fase administrativa el Gobierno decide sobre la admisibilidad formal del pedido, pudiendo archivarlo (art. 50); pero también puede denegarlo por razones de orden político, de oportunidad o conveniencia (art. 49, n. 2), como también ocurre en el Estado de Israel (71).

Aún en el art. 49 queda claro que la etapa judicial es de exclusiva competencia del tribunal y se destina a decidir, con *audiencia del interesado*, sobre la concesión de la extradición por procedencia de sus condiciones de forma y de fondo, no admitiéndose prueba alguna sobre los hechos imputados al extraditado.

El art. 56 especifica que la audiencia de la persona solicitada puede resultar en su propio *consentimiento* en cuanto a su entrega al Estado requirente, o en su *oposición* a la extradición. En el primer caso, cabe aún al tribunal verificar la existencia de las condiciones necesarias para la extradición, en la medida en que el control de la legalidad del pedido de extradición es indecli-

---

(70) Es el caso, por ejemplo, de México (informe nacional, p. 19), donde la manifestación del tribunal es meramente opinativa, aún cuando sea contraria a la extradición; así como del Japón, en que solamente las medidas constrictivas son tomadas por el tribunal (informe nacional, p. 6).

(71) Ver informe nacional, pp. 66/71, sobre el poder de discrecionalidad del Ministro de Justicia y los conflictos surgidos con el Poder Judicial.

nable (72), siendo que la subsecuente homologación de la declaración de renuncia al proceso judicial de extradición, hecha con asistencia del abogado, equivale a la decisión final (art. 39). En caso de oposición, se abre *el contradictorio, con la defensa del extraditado* – que sólo puede basarse en el hecho de no ser él la persona reclamada o de no verificarse los requisitos de la extradición (art. 57) – y la *producción de las pruebas* (art. 58). De la decisión final negativa o positiva cabe recurso por parte del extraditado o del Fiscal General (art. 60). Según el tenor del art. 62, el certificado con la decisión final que ordena la extradición, con fuerza de cosa juzgada, es título necesario y suficiente para la entrega del extraditado, la cual es ejecutada por el Ministerio de Justicia.

Se consiguió así en el derecho portugués la plena jurisdiccionalización del proceso de extradición. En esos términos, la naturaleza del proceso no es meramente declaratoria sino ejecutiva *lato sensu*, ya que la decisión favorable constituye título inmediatamente ejecutable, *sine intervallo* (73).

En relación al procedimiento de extradición, los informes de los países estudiados exponen una gran variedad de modelos, que puede sintetizarse en cuatro líneas principales:

– la posición más restrictiva, en la que aún predomina la idea bidimensional de la cooperación internacional en materia penal, sin participación de la persona solicitada en el procedimiento, apenas con recurso judicial *a posteriori*, de naturaleza ordinaria o constitucional (Alemania, México);

– la posición intermedia, en la que la comparecencia del extraditado asistido de abogado es facultativa, con recurso judicial posterior (Grecia);

– la posición según la cual la persona solicitada, asistida por un abogado es necesariamente oído previamente, ofrece defensa,

---

(72) Son palabras del informe brasileiro, p. 9.

(73) Como vimos (*supra*, n. 4), diferente es la situación en los sistemas en que el tribunal se limita a declarar la legalidad de la extradición, cabiendo al gobierno la decisión sobre extraditar o no: en esos casos, el proceso es meramente declaratorio.

pero la producción de pruebas queda a criterio del tribunal. En este caso también se prevé el recurso de la decisión (Brasil, Israel, Japón);

— la posición más avanzada, en la que son necesarias tanto la audiencia previa en presencia del defensor, con ofrecimiento de defensa, como la producción de las pruebas requeridas, con recurso de la decisión (Polonia, Portugal y Suiza, en Europa; y, en las Américas, muchos de los países estudiados: Argentina, Canadá, Costa Rica, Guatemala y Uruguay).

En cuanto a la materia de defensa, la gran mayoría de los países sigue el criterio portugués, según el cual sólo puede argüirse el hecho de que la persona solicitada no es la persona reclamada, o que no se verifican los requisitos de la extradición.

Pero evidentemente todo depende de tales condiciones, que pueden incluir aspectos procesales relacionados al *fair trial*. La cuestión será vista en detalle más adelante (74), pero es oportuno adelantar que así lo hacen expresamente las legislaciones de Austria, Italia, Portugal y Suiza y la reserva de Francia a la Convención, en Europa (75). El informe de Egipto se refiere a la necesidad de probar que la persona tuvo oportunidad de defenderse en el país requirente (76). En América Latina, Chile asegura el mínimo, que es la prueba de la citación del acusado en el país requirente (77); el máximo se garantiza en México y en Perú: la ley interna del primero exige expresamente que el Estado requirente se comprometa a respetar los derechos fundamentales que el extraditado tendría si fuese juzgado en el país (78); y en el Perú, la concesión de la extradición exige que en el Estado requirente haya garantías de una recta administración de la justicia (79). En Uruguay, el tribunal examina la existencia de ju-

---

(74) V. *infra*, n. 7.4.2.

(75) LAGODNY Y REISNER, *Extradition treaties*, cit., pp. 559/560.

(76) Informe nacional, p. 13.

(77) Informe nacional, p. 10.

(78) Informe nacional, p. 17.

(79) Art. 39 de la ley n. 24710, de 1987.

risdicción del Estado requirente y la citación y presencia del acusado, aplicándose además por el Tratado de Montevideo de 1940, la exigencia de que la sentencia no haya sido pronunciada en proceso en rebeldía, circunstancia en la cual la extradición sólo será concedida mediante compromiso de que el extraditado será sometido a nuevo juicio en el país requirente (80). A propósito, el tratamiento de la rebeldía es objeto de preocupación en diversos Estados (81). Cabe destacar también la posición reciente de un Ministro de la Suprema Corte brasilera, que amplió el concepto de tribunal de excepción, incluyendo en él los tribunales regulares “siempre que se caracterice, en tal caso, la supresión de cualquiera de las garantías del debido proceso legal” en perjuicio del reo, negándose así el pedido de extradición (82).

Para el mérito del pedido, en general, hay preclusión para la defensa; pero es interesante notar posturas como la de Costa Rica, que exige que el tribunal compruebe en el proceso del Estado requirente la existencia de suficientes indicios de la responsabilidad del extraditado, como para permitir un juicio de probabilidad (83). Es también lo que ocurre en otros países – como Israel – en donde se exige del tribunal la verificacisn *prima facie* de que se trata de un caso que podría llevar a la persona a juicio en el Estado requerido (84). A propósito, como se observa por el informe general preparado para el XV Congreso de la AIDP, los países de *common law* se han apegado tradicionalmente al principio de la prueba *prima facie* (como es el caso de Sudáfrica y de Canadá), apesar de que el *standard* venga siendo abandonado en estos últimos años por países como Australia, el Reino Unido

---

(80) Informe nacional, pp. 14–15.

(81) V. LAGODNY Y REISNER, *Extradition treaties*, cit., pp. 558/559, ver más adelante, nota 193.

(82) Informe brasilero, p. 7, nota 16, Voto de Min. SEPÓLVEDA PERTENCE, RTJ 134/56: v. más adelante, n. 7.4.2.

(83) Informe nacional, p. 4.

(84) Informe nacional, pp. 60/64.

y de cierta forma, los Estados Unidos de América (85). Los tribunales de Suiza, aunque reconozcan que no corresponde a la competencia del Estado requerido pronunciarse acerca de la prueba de los hechos alegados, han dado a entender que la extradición podría rechazarse si el extraditado consiguiese presentar una coartada (86). El informe griego va más a fondo, refiriéndose a pruebas que pueden ser producidas en el Estado requerido para evaluar si la persona solicitada puede ser sometida a juicio (87).

Se trata de cuestiones cuyos límites están marcados por dos posiciones inconciliables: la clásica, por la cual al Estado requerido no le es dado interferir o ejercer el control de lo que ocurrió u ocurrirá en el proceso del Estado requirente, de modo que por diversas razones, el principio de *non inquiry* debería ser "respetado religiosamente" (88). Se trata del denominado *export-ban argument*, por el cual el sistema legal extranjero no puede medirse en base al sistema del Estado requerido (89).

Pero del lado contrario, se encuentra la posición preocupada con los derechos del hombre, a partir de la cual el Estado requerido es tan responsable de la rigurosa observancia de los derechos fundamentales y de las garantías procesales en la cooperación internacional en materia penal, como el Estado requirente. Dentro de esta segunda línea, se observó que dado que en el momento de la extradición el individuo está sometido a la jurisdicción del Estado requerido, éste se vuelve responsable del tratamiento procesal y/o sustancial reservado al individuo por parte del Estado requirente, aunque la violación haya ocurrido fuera de su esfera territorial (90). A esta postura, que es la de los

---

(85) Informe SCHUTTE, pp. 73/74.

(86) Informe nacional, p. 74.

(87) Informe nacional, pp. 45/46.

(88) Son las palabras del informe del Estado de Israel, p. 81.

(89) El informe nacional de Alemania refiere esta posición, pero la combate con vehemencia (pp. 18/19).

(90) NICOLETTA PARISI, *Estradizione*, cit., p. 31/32.

órganos europeos de garantía, volveremos al final de este informe (91).

Finalmente, en cuanto al consentimiento de la persona solicitada, la cuestión se plantea en los informes de Grecia e Israel. Por la legislación griega, la comprobación de las condiciones de admisibilidad de la extradición es dispensada cuando la persona consiente expresamente en ser extraditada (92). Según el informe israelí, la persona puede retornar voluntariamente al territorio del Estado requirente, pero no existen medios que posibiliten su transferencia a ese territorio bajo custodia, como ocurre en los Estados Unidos de América, que prevén un procedimiento apropiado para el caso de consentimiento de la persona solicitada (93).

7.2.2.3. *Extradición activa.*— Sobre la extradición activa dispone el decreto-ley portugués en los arts. 71 y 72, regulando la competencia del Ministro de Justicia para formular el pedido de extradición y la transmisión de éste por las vías previstas por la ley.

Las condiciones de admisibilidad del pedido son las genéricas, previstas por la ley para todas las formas de cooperación judicial en materia penal (arts. 2º a 29) (94).

En los Estados estudiados los mismos requisitos de la extradición pasiva rigen también la activa, inclusive porque muchas veces ambas se basan en tratados bilaterales. El Perú proporciona ejemplo reciente de normatividad interna que cuida específicamente de la extradición pasiva (95).

---

(91) V. más adelante, n. 7.4.2.

(92) Informe nacional, p. 20.

(93) Informe de Israel, p. 73.

(94) Ver *supra*, n. 7.2.1.

(95) Decreto 044/93.

7.2.3. *Transmisión de procesos penales.*— El Título III de la ley portuguesa trata de la transmisión de procesos penales, con la finalidad de que un Estado delegue a otro el procedimiento penal por hecho practicado fuera del territorio nacional, en los casos para los cuales no esté prevista la extradición.

Se trata de la aplicación y reglamentación del principio *aut dedere aut iudicare*, por el cual se establece como regla que si el Estado requerido no entrega a la persona solicitada, queda con la obligación de juzgarla. Así, la cooperación judicial en materia penal combina en binomio “obligación de entregar—obligación de perseguir”, con eventual preponderancia de uno de los dos elementos, según sea el caso.

Las condiciones especiales para que Portugal instaure o prosiga con el proceso penal vienen explicitadas en el art. 75, donde se destaca la necesidad de la doble incriminación, de la observancia de los límites de la pena, de la nacionalidad portuguesa o de la residencia habitual en territorio portugués de la persona, de las garantías por parte del Estado extranjero, del *ne bis in idem*. La aceptación del pedido también se justifica por el interés de la recta administración de justicia o por la mejor reinserción social del sospechoso o acusado, en caso de condena.

La instauración o continuación del proceso en Portugal también es posible cuando el sospechoso o acusado esté siendo procesado en el territorio nacional por otro hecho; cuando el Estado requirente considere que la presencia del sospechoso o acusado no puede asegurarse ante sus tribunales, pudiendo serlo en Portugal; y cuando el Estado extranjero entienda que no hay condiciones para ejecutar una eventual condenación aún recurriendo a la extradición, si habiendo condiciones en Portugal.

El art. 76 cuida del derecho aplicable — que es el portugués — salvo que la ley del Estado que formula el pedido sea más favorable.

La aceptación del pedido por parte de Portugal implica renuncia al proceso por parte del Estado extranjero, que recuperará su derecho de proceder si no fuere posible el compareci-

miento del sospechoso o acusado al proceso portugués (art. 77).

Otras reglas tratan de la tramitación del pedido (art. 78 y 79), de la convalidación de los actos practicados en el extranjero (art. 80), de la revocación de la decisión favorable a la cooperación (art. 81), de las comunicaciones (art. 82).

La delegación del proceso penal de Portugal a un Estado extranjero aparece regulada a partir del art. 84, según las condiciones de los artículos anteriores (art. 85). El proceso y los efectos de la delegación están previstos en los arts. 86 y 87, paralelamente a las disposiciones que regulan la delegación del Estado extranjero a Portugal.

En la legislación de los Estados estudiados, Suiza trata expresamente de la delegación de la persecución penal en los arts. 85 y 93 de la ley de 1976. Y el Código Penal cubano de 1988 también explicita esta materia (96).

Los informes nacionales que pudimos examinar cuidan del asunto en líneas generales, sin llegar a los detalles de la ley portuguesa, exceptuando el tratamiento de la transferencia de procesos penales contra el tráfico ilícito de estupefacientes previsto en la Convención europea específica y en la Convención de 1988 (art. 8º), de la cual muchos países son signatarios (97). Pero es general la preocupación con la adopción de medios más adecuados para el fortalecimiento de la cooperación judicial en materia penal, que llega a ser señalada como una de las tendencias evolutivas en este campo (así lo indican expresamente los informes de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Grecia, Guatemala, Polonia).

Y recuérdese también para América, la regla explícita del art. 345 del Código Bustamante, según la cual si un país deniega la entrega de una persona, queda obligado a juzgarla.

---

(96) *Apud* JOUO MARCELLO DE ARAUJO JR., *Cooperação internacional na luta contra o crime: transferência de condenados, execução de sentença penal estrangeira: novo conceito*, in *Livro de Estudos Jurídicos, IEJ*, Rio de Janeiro, 1994, n. 9, p. 77.

(97) Ver informe brasileiro, p. 2 ss.



7.2.4. *Ejecución de las sentencias penales.*— La materia aparece tratada en el Título IV de la ley portuguesa, de la forma más amplia posible: primero en relación a la ejecución de las sentencias penales extranjeras (Cap. I), después en cuanto a la ejecución en el extranjero de las sentencias penales portuguesas (Cap. II); a continuación, el cuidado de la destinación de las multas y cosas aprehendidas y de las medidas cautelares (Cap. III); para terminar con la transferencia de personas condenadas (Cap. IV).

Todo el tratamiento de la ejecución de las sentencias extranjeras se ubica en la línea más avanzada que pueda adoptarse en ese campo, en el que muchos de los Estados estudiados aún ocupan posición bastante tímida.

Efectivamente, hasta fines del siglo pasado, la evolución del instituto muestra ideas universalistas que después fueron abandonadas, sustituidas por la preponderancia de la soberanía nacional y de la independencia de los ordenamientos jurídicos de varios países, sosteniéndose la territorialidad de la jurisdicción. Hasta que en la actualidad vuelve a manifestarse una tendencia en el sentido contrario, con el reconocimiento de la sentencia extranjera, quedando su ejecución condicionada al control judicial interno (98).

En consonancia con la línea seguida actualmente por cada país, es posible separar en tres especies la sentencia penal extranjera frente a los efectos que produce o puede producir internamente: *a)* no tiene ninguna eficacia; *b)* es reconocida como hecho jurídico, para determinados fines; *c)* para ser reconocida y ejecutada es necesaria su homologación (99).

Los informes nacionales señalan una gran variedad de posiciones que pueden agruparse en cuatro líneas:

---

(98) Ver sobre la evolución del instituto, con muchas idas y venidas, informe brasileiro, pp. 2/4, con referencias al trabajo del uruguayo ANGEL LANDONI SOSA, *El proceso transnacional*, pp. 444 ss.

(99) Informe brasileiro, pp. 1/2.

a) Pocos son los ordenamientos ante los cuales la sentencia extranjera no tiene eficacia alguna (es el caso del Japón, cuyo relator, con todo, preconiza cambios (100)).

b) En la mayoría de los países se niega ejecución a la sentencia penal extranjera, en base a dos tipos de argumentos: el primero de naturaleza política, según el cual el Estado sólo ejerce soberanía sobre su territorio; y el segundo, de naturaleza procesal, por el cual el juicio de la ejecución ha de ser el mismo que el de la condenación.

Aún así, notamos en diversos informes una gran sensibilidad frente a la necesidad de cambiar ese enfoque, en el sentido de dar ejecución a la sentencia condenatoria proferida en otro país, en el ámbito de la necesaria cooperación internacional en materia penal (Argentina, Grecia, Japón, Polonia).

En este aspecto, es importante observar que varios países europeos y extra-europeos adhirieron a la Convención europea sobre transferencia de personas condenadas (ver anexos 1 y 2), o firmaron tratados bilaterales sobre la materia (Brasil, México, Perú), avanzando en ese camino, cuya adopción es preconizada por los relatores de la Argentina y de Colombia.

Se trata de tendencias relevantes. Pero es cierto que en la actualidad, la gran mayoría de los Estados, al mismo tiempo en que niega ejecutoriedad penal a la sentencia extranjera la reconoce para varios efectos: es así para la *destrucción de la pena* (Brasil, Chile, Costa Rica, Francia, Grecia, Uruguay); para la *reincidencia* (Brasil, Chile, Costa Rica, Grecia, Uruguay); es peculiar la posición de Francia, que no reconoce la sentencia condenatoria extranjera a los efectos de la reincidencia, excepto en relación a la investidura en ciertos cargos en establecimientos de crédito); para la imposición de *penas accesorias* (Grecia) y de *medidas de seguridad* (Brasil, Grecia); a efectos de la observancia del *ne bis in idem*, cuando haya habido en el extranjero sentencia absolutoria (Argentina, Chile, Costa Rica), o declaración de extinción de la

---

(100) Informe nacional, p. 14.

pretensión punitiva (Brasil, Grecia). El Japón, que en general no reconoce el impedimento ocasionado por el *ne bis in idem*, en caso de sentencia extranjera deja a criterio de los tribunales – en este caso – la aplicación o no de la pena en el Japón (101). Y el informe brasilero, aún mencionando disposiciones del Código Penal por las cuales en determinadas circunstancias, la sentencia extranjera absolutoria o condenatoria no impediría nueva persecución penal en el Brasil, manifiesta dudas en cuanto a la eficacia de la norma frente a la posterior ratificación de la Convención americana de los derechos del hombre, que impide el *double jeopardy* (102). El informe griego también menciona, pero para excluirlos, los efectos de la sentencia condenatoria extranjera a efectos de la concesión de *sursis* (103).

La gran mayoría de los informes se refiere también a la eficacia de la sentencia penal extranjera a efectos de *reparación del daño*. Respecto a esto, Brasil, Costa Rica y Guatemala tienen normas específicas, mientras que en otros países (como Argentina, Grecia y Uruguay) la cuestión de la eficacia de la sentencia penal para efectos reparativos sigue las líneas generales de la homologación de las sentencias civiles.

Varios de los países estudiados establecen los requisitos de los que la sentencia penal extranjera debe revestirse para producir eficacia en el país (Brasil, Chile, Uruguay). Entre tales requisitos se destacan la competencia internacional del tribunal que emite sentencia, el respeto al orden público interno (Chile y Uruguay) y a las garantías del *due process of law* (Uruguay), la sentencia extranjera con autoridad de cosa juzgada (Brasil, Chile y Uruguay) y la inexistencia de rebeldía (Chile y Uruguay).

c) Se abren a la ejecución de la sentencia condenatoria extranjera el Estado de Israel, pero sólo en relación al nacional y en determinadas condiciones, frecuentemente discutidas por los

---

(101) Informe nacional, p. 14.

(102) Informe nacional, pp. 5/6.

(103) Informe nacional, p. 89.

tribunales del país (como la atinente a la rebeldía) (104); y Egipto, siempre que haya tratado que garantice la reciprocidad — como ocurre en los acuerdos bilaterales con Argelia, Kuwait y Bahrien (este último exigiendo el consentimiento del condenado) (105).

d) De los países estudiados, Colombia, Italia, Perú, Portugal y Suiza aceptan la plena ejecución de la sentencia condenatoria extranjera. Francia firmó algunas convenciones con diversos países del Africa franco-parlante, permitiendo la ejecución de sentencias condenatorias extranjeras, debiendo recordarse, en el mismo país, la ley del 14 de noviembre de 1990 sobre estupeficientes, que permite la ejecución en Francia de una decisión extranjera acerca de confiscación (106).

Entrando ahora al ámbito de las reglas sobre ejecución de sentencias condenatorias extranjeras, retomaremos la ley portuguesa para verificar las modalidades y requisitos de esa ejecución.

7.2.4.1. *Ejecución de sentencias condenatorias extranjeras.*— De acuerdo al tenor del art. 89 del decreto-ley portugués 43/91, las sentencias penales extranjeras *que tengan autoridad de cosa juzgada* pueden ejecutarse en Portugal, a *pedido* del Estado donde ocurrió la condenación.

Según el art. 90, son condiciones especiales de admisibilidad: la *competencia* del Estado extranjero, que el proceso no haya corrido en *rebeldía*, que la sentencia no contenga disposiciones *contrarias al ordenamiento jurídico portugués*, que no haya *litispendencia*, que exista la *doble incriminación*, que el condenado sea *portugués o apátrida*, o *extranjero habitualmente residente* en Portugal; que la ejecución de la sentencia en Portugal se justifique por el interés en una mejor *reinserción social* del condenado o en la re-

---

(104) Informe nacional, pp. 25/28.

(105) Informe nacional, p. 18.

(106) Informe nacional, p. 8.

paración del daño causado por el crimen; que el Estado extranjero ofrezca *garantías* de que una vez cumplida la sentencia en Portugal, considerará *extinta la punibilidad del condenado*; la *duración* de la pena o medida de seguridad – no inferior a un año – cuando sea con privación de libertad, o el importe determinado, si se trata de pena pecuniaria; y tratándose de pena privativa de la libertad, que haya *consentimiento* del condenado. El mismo dispositivo prevé la *dispensa* del interés en la reinserción social o la reparación del daño, así como del consentimiento cuando haya habido denegación de la extradición del condenado por los mismos hechos que constan en la sentencia; y la dispensa de la duración de la pena en casos especiales, notoriamente cuando el estado de salud del condenado o razones de orden familiar o profesional así lo aconsejen.

El art. 91 fija los *límites de la ejecución*, que se restringe a la pena o medida de seguridad privativas de la libertad; a la pena de multa, cuando se encuentren en Portugal bienes suficientes para garantizar la ejecución total o parcial; a la pérdida de productos, objetos e instrumentos del crimen; a la indemnización civil que consta en la sentencia – si el interesado la requiriese. Las sanciones accesorias y las medidas de interdicción de profesiones, actividades y derechos sólo se ejecutan si pueden tener eficacia práctica en Portugal.

Después de tratar en el art. 92 la tramitación del pedido, el art. 93 cuida la previa *revisión y confirmación de la sentencia extranjera* por parte del tribunal portugués, siguiendo las disposiciones de los arts. 234 a 240 del Código de Proceso Penal de 1987, que es necesaria para conferirle fuerza ejecutiva a la sentencia. Una importante regla atinente a la homologación de la sentencia penal extranjera es la que determina que el tribunal portugués queda *vinculado a la materia de hecho considerada probada en la sentencia extranjera*; pero en caso de *omisión, obscuridad o insuficiencia* de la materia de hecho, el tribunal debe pedir las informaciones necesarias y en caso de no obtenerlas, negar la homologación. *Prohíbese* al tribunal *convertir* una pena privativa de

la libertad en pena de multa, así como *agravar* la pena impuesta.

El art. 94 trata del *derecho aplicable* – que es el portugués – y de los *efectos de la ejecución* – que son los conferidos por la ley portuguesa. Pero el Estado extranjero es el único competente para decidir la *revisión* de la sentencia, mientras que la *amnistía* y el *indulto* pueden ser concedidos tanto por Portugal como por el país que dictó la condena, extinguiéndose la ejecución; la ejecución también se da por extinguida cuando el tribunal tuviere conocimiento de que ingresó pedido de revisión, o en el caso de respetar la pena pecuniaria, cuando ésta haya sido paga en el Estado requirente. El inicio de la ejecución en Portugal implica *renuncia* a la misma por parte del Estado extranjero, salvo si el condenado se evade, caso en el que recupera su derecho a la ejecución, lo que también ocurre en caso de multa, a partir del momento en que fuere informado de la no ejecución total o parcial de la pena.

Siguen normas sobre los *establecimientos penitenciarios* para la ejecución (art. 95) y el *tribunal portugués competente* (art. 96).

7.2.4.2. *Ejecución de sentencias condenatorias nacionales en el extranjero.*— El decreto-ley trata de las *condiciones de delegación* de la ejecución de la sentencia penal portuguesa a un Estado extranjero y de *otros requisitos*, todos establecidos en simetría con los considerados anteriormente (art. 97 y 98). Los *efectos de la delegación* están previstos en el art. 99, siguiéndose reglas sobre el *proceso de delegación* (arts. 100 y 101).

7.2.4.3. *Destino de multas y cosas aprehendidas y medidas cautelares.*— Aún en lo tocante a la ejecución de las sentencias penales, el art. 102 del decreto ley portugués cuida del *destino de la pena pecuniaria*, que revierte para Portugal salvo en caso de reciprocidad, en el que el importe puede entregarse al Estado extranjero. El mismo criterio se aplica al destino de las *cosas aprehendidas*, como resultado de una decisión que decrete su pérdida.

*Las medidas de coacción* – incluyendo la prisión preventiva – y

las *medidas cautelares* necesarias para la conservación de las cosas en Portugal son reguladas por los arts. 103 y 104, mientras que el art. 105 trata de las medidas cautelares en el extranjero.

7.2.4.4. *Transferencia de personas condenadas*.— Finalmente, también en el título atinente a la ejecución de sentencias penales que regulan la transferencia de condenados, se abre un capítulo importante en la ley portuguesa.

La transferencia, que depende de *acuerdo* entre el Estado a cuya organización judicial pertenece el tribunal que profirió la sentencia y el Estado al que se solicita la ejecución, comprende a las *personas condenadas o sujetas a medidas de seguridad privativas de la libertad* (art. 106).

Se aplican a la materia todos los *principios atinentes a la ejecución de las sentencias penales* (art. 107).

El *pedido de transferencia* puede formularse por parte del Estado extranjero a Portugal y reciprocamente, pero también por la persona condenada en Portugal que desee ser transferida para un Estado extranjero (arts. 108 y 109). Siguen reglas sobre los *documentos de apoyo* (art. 110) y sobre el *consentimiento del condenado*, rodeado de cuidados procesales y siempre necesario (art. 111).

La transferencia para un Estado extranjero *suspende la ejecución* en Portugal, hasta que se *declare su cumplimiento* por el órgano judicial extranjero (art. 112). De la misma forma, cuando se trate de transferencia para Portugal, después de la *homologación de la sentencia extranjera* (art. 113), son proporcionadas al Estado que pidió la transferencia todas las *informaciones relativas a la ejecución* en Portugal, especialmente cuando ésta se considere cumplida por decisión judicial y si la persona transferida se evadió antes de culminada la ejecución (art. 114).

Por último, el art. 115 autoriza el *tránsito* por el territorio portugués a la persona transferida de un Estado extranjero para otro, a pedido de cualquiera de éstos, aplicándosele lo dispuesto

en cuanto al tránsito para efectos de extradición.

En general, en los países estudiados, la transferencia de personas condenadas es objeto de tratados, como por ejemplo, el multilateral entre Canadá, Estados Unidos y México y los bilaterales entre Brasil y España, y Brasil con Canadá, o entre Egipto y Turquía, Egipto y Grecia, Egipto y Polonia, y Egipto y Hungría.

7.2.5. *Vigilancia de personas condenadas o en libertad condicional.*— Otra forma de cooperación judicial internacional regulada por el decreto-ley portugués n. 43/91 es la vigilancia de personas condenadas o en libertad condicional, que residan habitualmente en el territorio de otro Estado (arts. 116 a 134).

Se trata en realidad de un aspecto de la ejecutoriedad de la sentencia extranjera, que se refiere específicamente a la suspensión condicional de la pena y a la liberación condicional, de modo que las mismas consideraciones hechas acerca de las líneas que despuntan en los informes nacionales en cuanto al tema más amplio (*supra*, n. 7.2.4) encuentran aplicación en éste, salvo en lo que concierne a los países signatarios de la Convención europea para la vigilancia de personas condenadas o en libertad condicional (Estrasburgo, 1964), que evidentemente dan aplicación a esta típica forma de ejecución de la sentencia extranjera.

7.2.5.1. *Disposiciones generales.*— Los *objetivos* de esta forma de cooperación están indicados en el art. 116 de la ley portuguesa, que menciona *la reinserción del condenado* que resida habitualmente en el territorio del Estado a quien se pide la cooperación (art. 116). Sus *modalidades* son la vigilancia, la liberación y eventual ejecución de la sentencia, o la ejecución integral de la sentencia, pudiendo el pedido ser rechazado en favor de otra modalidad que el Estado requerido considere preferible (art. 117).



*Legitimado* para realizar el pedido está el Estado al que pertenezca el tribunal que profirió la sentencia (art. 118). El requisito de la *doble incriminación* está previsto en el art. 119. Portugal puede rechazar el pedido cuando haya habido *rebeldía* o cuando hubiere *incompatibilidad* de la sentencia con los principios que presiden la aplicación del derecho penal portugués, como la minoridad (art. 120). El art. 121 trata de las *informaciones* al Estado requirente, de la decisión relativa al pedido de cooperación.

7.2.5.2. *Vigilancia*.— Si es necesario, las medidas de vigilancia impuestas por el Estado extranjero para el período de prueba son adaptadas por Portugal a lo previsto en la ley interna, *no pudiendo agravar* — por su naturaleza o por la duración — las prescritas por el Estado requirente (art. 122). La *revocación* de la suspensión condicional por cualquier motivo, así como la *expiración* del período de vigilancia deben comunicarse inmediatamente al Estado requirente (art. 124). La *competencia* para evaluar si el condenado satisfizo o no las condiciones que le fueron impuestas y para a partir de ello extraer consecuencias, en base a las informaciones y pareceres proporcionados, es exclusivamente del *Estado requirente* (art. 125).

7.2.5.3. *Vigilancia y ejecución de la sentencia*.— Decidida la revocación de la suspensión condicional en el Estado extranjero, Portugal adquiere competencia para *ejecutar la sentencia*, a pedido de aquél, procesándose la ejecución de acuerdo a la *ley portuguesa*, pudiendo la pena *substituirse* — si fuera el caso — por la prevista en Portugal para infracción idéntica, *sin posibilidad de agravamiento* (art. 126).

Mientras el tribunal portugués es el único *competente* en materia de libertad condicional, la amnistía y el indulto pueden ser concedidos tanto por éste como por el Estado extranjero (arts. 127 y 128).

7.2.5.4. *Ejecución integral de la sentencia.*— Para esta modalidad, el art. 129 del decreto-ley remite a las disposiciones atinentes a la ejecución de la sentencia extranjera en Portugal.

7.2.5.5. *Cooperación solicitada al país extranjero.*— Según el tenor del art. 130, se aplican simétricamente las reglas *supra* al pedido de cooperación formulado por Portugal.

7.2.5.6. *Disposiciones comunes.*— Siguen disposiciones comunes a las tres modalidades de cooperación objeto del presente título, como las atinentes al *contenido del pedido* (art. 131), a su *tramitación y decisión* (art. 132), a las *costas y costos* (art. 133), quedando *excluida* del alcance de sus reglas la *policía de extranjeros*.

7.2.6. *Auxilio judicial general en materia penal.*— La última parte de la ley portuguesa regula las diversas formas de auxilio judicial general en materia penal, reglamentando sus diferentes modalidades, sus principios y ámbito, todo lo cual comprende principalmente: a) *la notificación de documentos*; b) *la obtención de medios de prueba*; c) *las inspecciones, pesquisas y aprehensiones*; d) *la notificación de sospechosos, acusados, testigos o peritos y su interrogatorio*; e) *el tránsito de personas*; f) *las informaciones sobre el derecho portugués o extranjero y las relativas a los antecedentes penales de sospechosos, acusados y condenados* (art. 135). El mismo dispositivo prevé también, en el ámbito del auxilio, *la comunicación directa de simples informaciones* relativas a asuntos de carácter penal, entre las autoridades de *policía criminal* portuguesa y extranjera que actúen como auxiliares de autoridades judiciales, así como *la participación de autoridades judiciales y de policía criminal extranjeras* en actos procesales penales que deban realizarse en Portugal, a título de *cooperación* y con *condición de reciprocidad*.

Notamos enseguida el amplísimo espectro del auxilio judi-

cial general en materia penal en el ordenamiento portugués, informado por la Convención europea sobre asistencia mutua en materia criminal, de 1975 (ver en los anexos 1 y 2 los países signatarios de la Convención). El campo de expansión de la Convención es residual, tratando de todos los asuntos de cooperación judicial que no sean los relativos a la extradición, a la ejecución de las sentencias extranjeras y a la transferencia de personas condenadas, que son objeto de convenciones específicas.

La Organización de Estados Americanos también viene aunando esfuerzos en el sentido de una mayor cooperación judicial en materia penal, pero hasta ahora sólo fue firmada la Convención interamericana sobre cartas rogatorias, de 1975, que no es específica para la materia penal. A diferencia de esto, en asuntos específicos y circunscribiendo el auxilio a crímenes determinados, debe recordarse la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes, de 1988, que trata de manera amplia del auxilio judicial general.

Entre los Estados estudiados, muchos países – como por ejemplo, Alemania (107), Israel (108) y Suiza (109) – legislaron en el plano interno, adecuándose a la Convención europea al tratar de forma amplia el auxilio general en materia penal. Algunos tratados bilaterales siguen la misma línea, como el firmado entre Brasil e Italia (110).

Pero la mayoría de los Estados no signatarios de la Convención europea solamente trata en las leyes internas de las rogatorias internacionales, utilizadas para fines más o menos amplios en el ámbito de la cooperación en materia penal. Así, sólo para ejemplificar, el Uruguay se refiere a los actos procesales susceptibles de realización fuera del país, estableciendo una graduación de la cooperación, de la siguiente manera: a) procedimientos de mera tramitación, como citaciones, notificaciones,

---

(107) Informe nacional, p. 31.

(108) Informe nacional, pp. 75/77.

(109) Informe nacional para el XV Congreso de la AIDP, p. 470.

(110) Informe brasileiro, pp. 7/8.

etc.; *b*) medidas destinadas a recolectar pruebas; *c*) medidas cautelares (111). El informe brasilero agrega a esta tipología las *d*) informaciones (112), mientras que el griego agrega el *e*) envío de piezas procesales o de objetos que se encuentren con la autoridad judicial (113). La ley japonesa también menciona la *f*) cooperación policial (114).

Habiendo expuesto lo anterior, volvemos a analizar el decreto-ley portugués en lo que respecta al auxilio judicial general en materia penal.

7.2.6.1. *Disposiciones comunes a las diversas modalidades de auxilio.*— Recuérdese inicialmente, una vez más, que las disposiciones generales del Título I del decreto-ley portugués se aplican a todas las formas de cooperación judicial internacional en materia penal y consecuentemente también al auxilio judicial general del que estamos tratando; por eso, las reglas de la *reciprocidad*, las *condiciones objetivas y subjetivas*, la *doble incriminación*, el *principio de la especialidad*, el *ne bis in idem*, etc. (ver *supra*, n. 7.2.1) no se repiten en el Título VI de la ley, salvo cuando se trata de darles una nueva configuración. Diferentemente, los países estudiados que no tienen ley interna tan amplia como la portuguesa, en general se refieren a los principios mencionados para las rogatorias internacionales en materia penal. Este es el caso, por ejemplo, de Argentina (115), Brasil (116), Chile (117), Costa Rica (118), Grecia (119), Japón (120), Uruguay (121).

---

(111) Informe nacional, pp. 26/27.

(112) Informe nacional, p. 2.

(113) Informe nacional, p. 70.

(114) Informe nacional, pp. 9 y 13. Sobre cooperación en materia de policía criminal, v. específicamente los Acuerdos de Schengen, ratificados por todos los países de Europa y aplicables desde el 1o. de diciembre de 1993.

(115) Informe nacional, pp. 20/21.

(116) Informe nacional, pp. 3/4.

(117) Informe nacional, p. 20.

(118) Informe nacional, p. 8/9.

Pero es importante decir que pocos países siguen la línea restrictiva, que sólo admite el auxilio judicial general en los mismos casos en que se permite la extradición (incluyendo, por ejemplo, la prohibición para nacionales): es el caso de la Argentina (122) y de Grecia (123); la gran mayoría adopta la línea más amplia, por la cual sólo las condiciones generales de la ley portuguesa — y notoriamente la regla del respeto al *orden público* (de cierta forma equivalente a la cláusula portuguesa que impone la observancia de los derechos humanos, v. supra, n. 7.2.1—“a”), la de la *especialidad* y la relativa a la *pena de muerte* — constituyen condiciones negativas para la concesión del auxilio. Alemania fija importante criterio, que es el de los límites impuestos por el *poder del Estado para ejecutar* las medidas de cooperación, pero también establece las balizas del auxilio mutuo en términos del *principio de proporcionalidad* (124).

Podemos afirmar, en síntesis, que los Estados estudiados establecen para el auxilio judicial general *límites formales, procesales y materiales* (125). Los límites *formales* se refieren a la formulación del pedido del Estado requirente al Estado requerido, que se desarrolla primero por la vía diplomática, habiendo casos — como el de Francia — en que se prevé la posibilidad excepcional de transitar directamente entre autoridades judiciales (126). Los límites *procesales* pueden incluir por ejemplo, el análisis de la competencia del juez del Estado requerido, dispensado cuando la cooperación se basa en tratados (es el caso del Uruguay (127)); y los límites *materiales* los constituyen las condiciones negativas anteriormente expuestas.

---

(119) Informe nacional, p. 70/71.

(120) Informe nacional, p. 9/12.

(121) Informe nacional, p. 26.

(122) Informe nacional, p. 21.

(123) Informe nacional, p. 70.

(124) Informe nacional, pp. 31/33.

(125) Así, expresamente, el informe del Uruguay, p. 31.

(126) Informe nacional, p. 6.

(127) Informe nacional, p. 32.

Una vez dicho esto, retomemos la ley interna portuguesa, que después de fijar en el art. 135 los principios y el ámbito de la cooperación judicial general en materia penal (v. supra, n. 7.2.6) dispone sobre el *derecho aplicable*, que es el portugués salvo cuando el Estado extranjero solicite expresamente la aplicación de su legislación y ésta no sea incompatible con la portuguesa, ni cause graves perjuicios a los que intervienen en el proceso (art. 136).

En cuanto a las *medidas de coacción*, el art. 137 se refiere a la *doble incriminación*, que es dispensada cuando la cooperación se destina a probar una *causa de exclusión* de culpa de la persona contra la cual el procedimiento penal fue instaurado.

Según el art. 138, las informaciones obtenidas para utilización en el proceso penal indicado en el pedido del Estado extranjero *no pueden utilizarse* fuera de éste, salvo casos excepcionales y a pedido del Estado requirente.

La *confidencialidad* del pedido de auxilio, a pedido del Estado extranjero, aparece regulada en el art. 139.

7.2.6.2. *Pedido y proceso de auxilio*.— Importantes reglas procesales están previstas en los arts.140/142 del decreto-ley portugués.

La *legitimación activa* corresponde a las autoridades extranjeras competentes, de acuerdo al derecho del Estado requirente (art. 140). El art. 141 determina el *contenido* y los *documentos* necesarios para la instrucción del pedido. Y el art. 142 cuida del *proceso*.

Éste es completamente *jurisdiccionalizado* para todas las formas de auxilio general, *exceptuando* el que se destina al envío de certificados de registros penales, a la verificación de la identidad o a la simple obtención de informaciones, que pueden ser directamente transmitidos a las autoridades extranjeras. Se aplican a las formas judiciales de cooperación los arts.231 y 232 del CPP. portugués, que tratan de la recepción, cumplimiento y re-

chazo de cumplimiento de las rogatorias, aún cuando el pedido de auxilio no se revista de esta forma. Obsérvese también que el Ministro de Justicia puede subordinar la concesión del auxilio a determinadas condiciones.

El mismo dispositivo prevé, en caso de que el pedido implique un traslado de persona para *participar en un proceso penal extranjero*, que después de verificar la regularidad formal del pedido, Portugal adopte las medidas necesarias para el *tránsito* de la persona; y también que el Ministro de Justicia pueda subordinar la concesión del auxilio a determinadas *condiciones*.

No en todos los Estados el auxilio general es objeto de proceso jurisdiccional. Pero hay excelentes ejemplos de jurisdiccionalización del proceso de cumplimiento de las rogatorias en países como Argentina, Brasil, Costa Rica, Grecia, México y Uruguay; en algunos casos, la ejecución de la rogatoria depende de *exequatur* del tribunal de cúpula del Estado requerido, siendo su cumplimiento posteriormente atribuido a otros jueces (128); en otros, se prevé un procedimiento jurisdiccional único (parece ser éste el caso de Grecia y del Uruguay (129) ). En Alemania, el relator nacional lamenta la falta de claridad del ordenamiento en lo que respecta a la revisión judicial del procedimiento administrativo de auxilio judicial general, a pesar de estar expresamente prevista por la Constitución en casos de restricciones a los derechos fundamentales (130). Y pueden también recordarse tratados bilaterales más antiguos sobre el cumplimiento de las rogatorias, como el celebrado entre Brasil y Uruguay en 1879, en que se alude al procesamiento de las excepciones opuestas por las partes, junto con el derecho de comparecer y defenderse (131).

En cuanto a las rogatorias, el Brasil se refiere al proceso jurisdiccional en contradictorio, donde está prevista la posibilidad de impugnación de su cumplimiento también por parte del Fi-

---

(128) Informe brasileiro, p. 5 e informe mexicano, p. 29.

(129) Informe griego, p. 71 e informe uruguayo, p. 34.

(130) Informe de Alemania, pp. 33/34.

(131) CERVINI Y CHAVES, *Legitimación*, cit., p. 111.

scal General de la República (132). Y el relator alemán entiende aplicables a ese procedimiento las mismas reglas existentes para la extradición (133).

La materia que se argüirá en defensa, así como ocurre en Portugal, es la atinente a las condiciones de admisibilidad del pedido. Pero como vimos, éstas pueden incluir la observancia de requisitos *procesales* y *materiales* (ver *supra*, n. 7.2.6.1). Es en ese ámbito que será ejercido el derecho de acción y de defensa.

7.2.6.3. *Actos particulares de auxilio internacional.*— En el capítulo III, el decreto-ley portugués regula los diferentes actos de cooperación *judicial*, a saber: *la notificación de documentos* (art. 143); *la notificación para comparecencia* (art. 144); *la entrega temporaria de detenidos o presos* (art. 145); *el salvoconducto* (art. 146); *el tránsito* (art. 147); *el envío de objetos, valores, documentos o procesos* (art. 148); *los productos, objetos e instrumentos del crimen* (art. 149). Son formas *extrajudiciales* de auxilio *las informaciones sobre el derecho aplicable* (art. 150), *las informaciones relativas a antecedentes penales* (art. 151) y *las informaciones sobre sentencias penales* (art. 152). El capítulo trata también del *cierre del proceso de cooperación* (art. 153).

a) Destáquense primero los aspectos principales de las reglas atinentes a las *formas de auxilio judicial*; *la notificación para comparecencia* en calidad de sospechoso, acusado, testigo o perito no obliga al destinatario, debiendo la persona ser informada de su *derecho a no comparecer* (art. 144). El informe alemán se refiere expresamente a la libertad de elección acerca de comparecer o no (134). De forma menos incisiva, el derecho interno brasileño se limita a no contemplar, en estos casos, la conducción coercitiva del testigo, aunque la doctrina entienda que el notificado que no comparece puede subordinarse a la pena de de-

---

(132) Informe nacional, p. 8.

(133) Informe nacional, p. 35.

(134) Informe nacional, p. 33.



sobediencia, siempre que esté prevista en el ordenamiento extranjero (135).

El *salvoconducto* (art. 146) garantiza a la persona que comparece en el territorio del Estado extranjero en estos casos, *inmuni-*  
*dad* contra detenciones, persecuciones u otras limitaciones a la libertad, por hechos anteriores a su partida del territorio portugués y diferentes a los determinados en el pedido de cooperación; y la garantiza también contra la obligación de prestar testimonio o declaración en proceso diferente de aquél al cual se refiere el pedido. A pesar de esto, la primera inmunidad cesa si la persona permanece voluntariamente en el territorio del Estado extranjero por más de 45 días después de la fecha en que su presencia deja de ser necesaria, o si habiéndolo abandonado, regresase a él voluntariamente. El informe alemán también se refiere al salvoconducto, considerándolo un medio de incentivar a la persona a comparecer ante el Estado extranjero y recordando que el Estado requerido puede destacar la importancia de la comparecencia (136).

Para la *entrega temporaria de detenidos o presos* (art. 145), se prevé necesariamente su *consentimiento* y las *garantías* del mantenimiento de la detención y restitución a las autoridades portuguesas. Aún así, *no se admite* la entrega si la presencia de la persona es necesaria para el proceso portugués, si la entrega puede implicar prolongación de la prisión preventiva y en otros casos en que Portugal considere inconveniente la entrega. Se prevé también la *destracción* del tiempo pasado en el exterior, de la pena impuesta en Portugal y la inmediata *liberación*, si la pena expira mientras la persona se encuentra en el Estado extranjero. También en relación a esa modalidad de auxilio judicial se aplican las garantías de *salvoconducto* del art. 146.

El *tránsito* por el territorio portugués, de persona detenida en un Estado extranjero y que deba comparecer ante un tercer

---

(135) Informe nacional, pp. 10/11.

(136) Informe nacional, p. 33.

Estado, sigue las reglas previstas para el tránsito de personas extraditadas (art. 147).

El art. 148 trata del *envío de objetos, valores, documentos o procesos*, que a pedido de las autoridades extranjeras pueden colocarse a su disposición cuando se revelen de interés para la decisión a ser tomada en proceso penal, con la condición de que se restituyan en el plazo establecido por la autoridad portuguesa competente y previéndose también que el envío sea postergado si los mismos fueren necesarios para un proceso penal en curso. El informe griego trata de esta modalidad de auxilio (137).

En el art. 149 se prevén las diligencias destinadas a averiguar si los *productos, objetos e instrumentos del crimen* alegadamente practicado se encuentran en Portugal, que comunicará el resultado de esas diligencias al Estado extranjero, además de tomar las providencias necesarias para decretar la pérdida del producto, objetos e instrumentos del crimen. El dispositivo también prevé *medidas cautelares* de retención de cosas.

b) Los arts. 150, 151 y 152 tratan de formas de auxilio *extrajudicial*: según el primero, las *informaciones sobre el derecho aplicable* en determinado proceso penal, solicitadas por una autoridad judicial extranjera, son ofrecidas por la Fiscalía General de la República; y según el segundo, las *informaciones relativas a antecedentes penales* son ofrecidas por el Ministerio de Justicia. Recíprocamente, las autoridades judiciales portuguesas que a los efectos del proceso penal precisen los antecedentes penales de una persona extranjera, los solicitan al Ministerio de Justicia, que formula el pedido al Estado extranjero. El art. 152 trata de las *informaciones sobre sentencias penales* que consten en registros criminales, previendo la inscripción de la sentencia extranjera relativa a ciudadanos portugueses en los registros de este país, cuando el hecho constituya un crimen según la ley portuguesa.

Diversos informes nacionales se refieren a la modalidad de auxilio concerniente a la facilitación de informaciones: Alema-

---

(137) Informe nacional, p. 70.

nia, Argentina, Brasil, Costa Rica, Egipto, Francia, Grecia, Guatemala y Uruguay.

Algunos de estos países poseen reglas internas, así el Brasil prevé rogatorias para la obtención de informaciones (138), Guatemala, la consulta de sus archivos judiciales por cualquier persona, inclusive por parte de Gobiernos extranjeros (139) y Grecia, la transcripción de sentencias condenatorias extranjeras en los archivos judiciales nacionales (140). Costa Rica contempla la remesa de informaciones solamente en relación a determinados crímenes, como el tráfico de estupefacientes, así como el acceso de autoridades extranjeras a sus informaciones policiales (141).

Los Estados signatarios de la Convención europea sobre auxilio judicial recuerdan la norma que contempla el intercambio automático de datos extraídos de los archivos judiciales, entre los países que participan del convenio: es el caso específico de Alemania (142), Francia (143) y Grecia (144), cuyo relator preconiza la creación de un archivo judicial internacional destinado a datos relacionados con las infracciones penales más graves (145), junto con el relator mexicano (146). En relación a la remesa de informaciones, el relator de Alemania alerta en cuanto a la necesidad de observancia del principio de la proporcionalidad y de la tutela del secreto, como aparece garantizada en el derecho alemán (147).

Diversos países americanos consideran la remesa de informaciones en tratados bilaterales: es el caso de Uruguay, que

---

(138) Informe nacional, p. 16.

(139) Informe nacional, pp. 18/19.

(140) Informe nacional, p. 105.

(141) Informe nacional, pp. 11/12.

(142) Informe nacional, p. 36.

(143) Informe nacional, p. 6.

(144) Informe nacional, p. 105.

(145) *Ibidem* y también p. 115.

(146) Informe nacional, p. 40.

(147) Informe nacional, pp. 33 y 36.

menciona los tratados con Suiza y Chile y los Estados Unidos de América (148); la Argentina, refiriéndose a los tratados con Italia y el Uruguay (149); y el Brasil, en cuanto al tratado con Italia (150).

También en Egipto diversos tratados prevén el intercambio automático de informaciones entre los países signatarios (151).

Finalmente, cumple recordar una vez más las convenciones sobre asuntos específicos, como la relativa al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes – de 1988 – que establece, en el ámbito de estos crímenes, varias formas de auxilio general judicial y extra-judicial (152).

**7.3. EL RECHAZO AL PRINCIPIO MALE CAPTUS, BENE RETENTUS.**— Llegamos ahora al tercer y último punto evolutivo destacado por los informes nacionales: la censura a cualquier método que implique el uso de la fuerza o de la justicia por mano propia para la búsqueda y aprehensión de supuestos criminales, por las autoridades de un Estado en territorio de otro, frustrando las formas y modalidades de la cooperación internacional en materia penal (*forceable abduction*). Se encuadran también en esta hipótesis los casos en que un procedimiento de expulsión sustituye las reglas sobre extradición (*disguised extradition*).

Hasta los años sesenta esas prácticas eran sostenidas aún en países como Suiza, invocándose el principio *male captus, bene iudicatus*, según el cual no competía al Estado que procesa verificar las formas – legales o ilegales – por las cuales el sospechoso, acusado o condenado era traído ante su tribunal. Pero a partir de ahí, fue consolidándose la idea de que esas acciones vulneran el

---

(148) Informe del Uruguay, pp. 43/44.

(149) Informe argentino, pp. 25/26.

(150) Informe brasilero, pp. 7/8.

(151) Informe nacional, p. 20.

(152) Ver informe brasilero, pp. 2/7.

derecho de gentes, sustituyéndose el principio por otro: el *de ex iniuria ius non oritur* (153).

A pesar de eso, aún hay muchos países, como Alemania y los Estados Unidos de América y – aparentemente – Australia, Bélgica y Suecia, donde el *male captus, bene retentus* es aceptado por los tribunales (154). Lo mismo ocurre con la jurisprudencia dominante en Italia (155). En el Japón, es común la práctica de sustituir la extradición por la expulsión del fugitivo (156).

Empero, por lo menos en cuanto a la *forceable abduction*, los relatores nacionales son unánimes al repudiar el principio (157). Y en cuanto a la *disguised extradition*, fue repelida por la jurisprudencia internacional en diversas oportunidades (158).

Además de eso, los tribunales de varios Estados se han insurgido vehementemente contra esas prácticas; es el caso de Argentina (159), Costa Rica (160) y Francia (161). Y muchos otros países, por suerte, no tienen experiencia propia en la materia (162).

(153) Informe suizo de SCHOUWEY Y CANDRIAN para el XV Congreso de la AIDP, pp. 468/470.

(154) Informe general SCHUTTE, pp. 79/81, principalmente pp. 80/81, en cuanto a los informes nacionales.

(155) PARISI, *Estradizione e diritti dell'uomo*, cit., p. 57.

(156) Informe nacional, p. 8.

(157) Informe SCHUTTE, p. 81; PARISI, pp. 60/61.

(158) El caso más conocido, en que la Comisión y la Corte europeas discutieron el asunto, es el de Bozano contra Francia (Com. eur. dec. 15/5/84, rec. n. 9990/82; Corte eur. sent. 18/12/86). Ver bibliografía cit. por PARISI, *op. cit.*, p. 21, nota 17.

(159) Informe nacional, p. 7.

(160) La Sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia del país, en la sentencia 123-93 del 12/1/1993, consideró inaplicable el tratado de extradición entre Costa Rica y Estados Unidos, frente a la aceptación, por la Corte Suprema de este último país, de la *forceable abduction*: p. 2 del informe nacional.

(161) Informe nacional, pp. 9/10, según el cual, en base al Acuerdo de Schengen, se admite la persecución de una persona por los agentes de un país en otro, pero sólo en casos de flagrante delito y de urgencia, siendo aún así necesario que la prisión sea efectuada por los agentes del país donde el individuo se encuentra.

(162) Informe SCHUTTE, p. 79.

Es tan evidente que esas prácticas violan la soberanía territorial del Estado en el que ocurre el secuestro, así como las reglas del derecho internacional, pero sobre todo los derechos fundamentales del hombre, que sólo se puede entender la posición reciente del Gobierno (163) y de los tribunales norteamericanos — justificándolas (164) —, en vista del gran desgaste de los derechos humanos que se verificó en los Estados Unidos en estos últimos tiempos, resaltado y lamentado por el relator norteamericano (165).

Como afirma el informe general SCHUTTE, llegó la hora de reconocer que esas prácticas configuran una amenaza muy seria al objetivo principal del derecho internacional público: el desarrollo de las relaciones amistosas y la cooperación entre los Estados, en un marco de respeto a su soberanía territorial e integridad, a los derechos fundamentales del hombre y al imperio del derecho (166).

7.4. *LAS GARANTÍAS PROCESALES.*— Ya destacamos en este informe general las líneas evolutivas que produjeron la transformación de la cooperación internacional en materia penal, que pasó de ser un asunto exclusivamente interestatal a una visión en la que el individuo es sujeto de derechos, motivo por el cual todas las formas de cooperación que pueden afectar los derechos fundamentales encuentran en éstos su primer límite (*v. supra*, n. 3). Vimos también que el enfoque trilateral de la co-

---

(163) V. provisión del Departamento de Justicia, de 13/10/89, que autoriza al FBI a realizar búsquedas y aprehensiones de personas buscadas en el territorio de otros Estados, aún sin previa autorización de las autoridades extranjeras: *PARISI, Estradizione cit.*, p. 58.

(164) Aludimos a casos recientes de *forceable abductions* practicados por los Estados Unidos y a las decisiones de los casos *Alvarez-Machain* (112 S. Ct. 2188, 2193) y *Matta-Ballesteros* (697 F. Supp. 1040, 1041-42), ambas de 1992, que el informe norteamericano considera *infamantes*: *v. informa nacional*, pp. 509/511.

(165) Ver informe nacional, pp. 513 y 524.

(166) Informe SCHUTTE, p. 81.

operación internacional tiene como base la ciencia del proceso, sea que se trate de proceso jurisdiccional, o de procesalidad administrativa (*supra*, n. 7.1). Y se verificó finalmente, que el pedido de cooperación debe ser rechazado cuando el proceso no saticzaga o no respete las exigencias de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, o de otros instrumentos internacionales relevantes en la materia debidamente ratificados (Art. 6° del decreto-ley portugués n. 43/91); o como más enfáticamente reza el art. 2° de la ley de la Confederación Helvética, el pedido de cooperación en materia penal no será admitido si se constatare que el *proceso en el país extranjero no se conformó a los principios procesales fijados por la Convención europea de 1950* (v. *supra*, n. 7.2.1, inciso "a").

Esta fórmula emblemática sustituye con ventajas las más antiguas alusiones a los límites a la cooperación, determinados por la vulneración del ordenamiento nacional o de las leyes del país, o aún del orden público (167); y supera – sin duda – la idea propia de los ordenamientos de *common law*, de la verificación *prima facie* de que el caso podría llevar a la persona a juicio en el Estado requerido (168).

Una cosa es segura: después de establecida y madurada la idea de que el Estado requerido debe rodear su propio proceso de todas las garantías procesales, colocando a disposición de la persona objeto del pedido de cooperación – pero sujeto procesal – todo el arsenal propio del *debido proceso legal* (derecho de defensa, incluyendo la autodefensa y la defensa técnica; contradictorio, con derecho a prueba; publicidad, motivación de las decisiones, doble grado, exclusión de las pruebas obtenidas por medios ilícitos, derecho a intérprete, etc.), lo más interesante que surge del material consultado es la postura que también exige que el Estado requerido evalúe si el proceso penal fue igualmente dotado de las mismas garantías en el Estado requirente.

---

(167) Ver *supra*, n. 7.2.1, inciso "a".

(168) Ver *supra*, n. 7.2.2.2.

En otras palabras, el Estado requerido es responsable en relación a la persona que se encuentra en su territorio, no sólo del respeto a las garantías procesales en sus propios tribunales, sino también de la observancia de las garantías procesales en el procedimiento del Estado requirente. Bajo pena de tener que rechazar la cooperación internacional.

*Garantías procesales en el Estado requerido, por lo tanto; pero también evaluación, mediante éste, de la observancia de las garantías procesales por parte del Estado requirente.*

Y para la efectividad del cumplimiento de estas garantías, en el Estado requirente y en el Estado requerido, es de extrema relevancia que se asegure el ejercicio del *control jurisdiccional por parte de órganos internacionales*.

Acerca de esas líneas evolutivas y su adopción en los Estados estudiados, versará la parte final de este informe general.

7.4.1. *Las garantías procesales en el Estado requerido.*— A este respecto, ya fueron examinadas las garantías que los Estados requeridos dispensan a los procesos de cooperación judicial, en cualquiera de sus modalidades. Nos referimos particularmente a las garantías en la extradición, sea en cuanto al control de las medidas coercitivas (*supra*, n. 7.2.2.1, inciso "b"), sea en cuanto al propio proceso de extradición (*supra*, n. 7.2.2.1, inciso "c"); al proceso de revisión y confirmación de la sentencia penal extranjera (*supra*, n. 7.2.4 y 7.2.4.1); a las garantías para la transferencia de personas condenadas (*supra*, n. 7.2.4.4); al proceso para facilitar auxilio general en materia penal, incluyendo el cumplimiento de las rogatorias (*supra*, n. 7.2.6.2). Para cada una de esas modalidades se analizó el mayor y menor énfasis dado a las garantías procesales por parte de los países estudiados.

Se destacan en este campo, entre los países europeos, Italia, Portugal y Suiza, y en lo que respecta a la extradición, Grecia; Alemania, como los demás países europeos, reserva mayores garantías al control sobre las medidas privativas de la libertad.



En América Latina, ricos en garantías procesales, sobre todo para la extradición, son los procesos de la Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Perú y Uruguay. Y en Asia, para la misma materia, el Japón.

Pero como bien destaca el informe SCHUTTE, es necesario verificar si los procesos aplicables al cumplimiento de la cooperación judicial mutua ofrecen en cada país garantías procesales equiparables a las que se dan en el proceso penal interno (169). En respuesta a ésto (170), señala el relator que la mayoría de las informaciones de los países por él estudiados se restringió a la extradición. Pero aunque muchos países de Europa continental no entienden que sea aplicable al proceso de extradición el art. 6° de la Convención europea – atinente a las garantías del debido proceso legal –, la mayoría de los Estados prevé para la extradición el derecho a ser informado sobre la naturaleza y la causa del proceso de extradición y sobre la acusación del Estado requirente, en un idioma que la persona entienda, el derecho de presencia y el derecho a tener un defensor, así como el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete. Y en relación a la privación de libertad, todos consideran plenamente aplicables las garantías de las Convenciones internacionales.

Según el mismo informe, es diferente la situación en los países de *common law* – Canadá, Estados Unidos y Sudáfrica –, en parte por la exigencia de la evaluación de la denominada *prueba prima facie*, pero sobre todo porque el proceso de extradición se determina por los mismos principios que rigen el proceso penal interno.

Si se agregan ahora los países de América Latina, Israel y Japón, tendremos un cuadro bastante promisor de observancia de garantías procesales en los procesos relativos a la cooperación internacional en materia penal, en una tendencia significativa en

---

(169) Informe SCHUTTE, cuestión n. 6, p. 27.

(170) *ID.*, pp. 73/75.

el sentido de su equiparación con las garantías del proceso penal interno.

Emblemáticas en este sentido son algunas de las posiciones recientes de los tribunales del Brasil y de la Argentina. En el primer país, la Suprema Corte decidió por el voto del Ministro CELSO DE MELLO que "la condición jurídica de la persona solicitada no la priva, sólo por esa especial circunstancia, de la tutela a todos dispensada por el orden constitucional, que prestigia el régimen de las libertades públicas y protege el estado de incoercibilidad personal de los individuos", siendo la prisión cautelar denegada por no coincidir con las reglas del derecho brasileiro (171). Y en la Argentina, la Cámara Federal de General Roca, por *habeas corpus* fulminó una solicitud de extradición proferida sin la observancia de las normas garantizadoras del proceso (172).

Esa línea se conjuga con las decisiones de los órganos internacionales de garantía, que al examinar cuestiones planteadas por los recurrentes se han manifestado frecuentemente sobre los aspectos procesales de la extradición. Las censuras han acogido problemas relacionados con el proceso en el Estado requerido, como el derecho de la persona a ser informada sobre la naturaleza y los motivos que determinan su prisión, así como el derecho a que su duración sea por un plazo razonable y el derecho de la persona solicitada a requerir el control de la legalidad de la prisión. En cuanto al procedimiento, fue reconocida la exigencia de la garantía jurisdiccional consistente en la previsión de un recurso contra la provisión de extradición; y el criterio del *fair trial* involucró el control de la duración razonable del proceso, de la imparcialidad, del respeto a los derechos de defensa y al principio de la igualdad de las armas, reconociéndose entre otros el derecho a la defensa técnica y a la autodefensa; finalmente, en

---

(171) RTJ 141/338, in informe brasileiro, p. 6.

(172) Extradición de V.J.G.G anulada por el tribunal, in Jurisprudencia anexada al informe argentino, p. 205 ss.

relación al contradictorio, se garantizó también el derecho a la prueba, con la facultad de producirlas (173).

Y vale notar que tales garantías, reconocidas expresamente para el proceso de extradición, pueden extenderse a cualquier otra modalidad de cooperación judicial, en la medida que tengan lugar (174).

7.4.2. *La observancia de las garantías procesales por parte del Estado requirente.*— Llegamos al último paso del camino evolutivo, caracterizado por la necesidad de que el Estado requerido ejerza el control de la observancia de las garantías procesales por el Estado requirente que le pide cooperación judicial en materia penal.

Como observa el informe SCHUTTE (175), una simple comparación entre los tratados sobre extradición y cooperación judicial de treinta o cuarenta años atrás y los concluidos durante estos últimos años muestra claramente esa evolución.

Efectivamente, las reglas más antiguas se limitaban a exigir que el Estado requerido denegase la cooperación judicial cuando el Estado requirente hubiere usado tribunales de excepción, o a controlar el *ne bis in idem*. Se amplía ahora el abanico de las materias procesales objeto de análisis: así por ejemplo, la denegación de cooperación cuando en el Estado requirente el proceso se haya desarrollado en rebeldía, o inclusive cuando en el mismo Estado, el proceso haya tenido una duración excesiva (176). Y el relator prevé que el Estado requerido ejerza cada vez más el control sobre la *equidad* del proceso en el Estado requirente,

---

(173) V. PARISI, *Estradizione*, cit., pp. 19/22, que menciona diversas decisiones de la Comisión y de la Corte europeas (notas 13/24)

(174) PARISI, *ibid.*, p. 23.

(175) Rév. Int. Dr. Pén. cit., p. 72.

(176) Respecto a esto, el informe SCHUTTE menciona el reciente tratado entre Hong Kong y Holanda, que contiene norma expresa en ese sentido (p. 72, nota 25).

como ocurre en muchos tratados que aluden a las leyes internas de la parte requerida o al principio de la proporcionalidad (177).

La preocupación general por otorgarle protección al individuo en los procesos de cooperación judicial llega a la denegación de proporcionarla, por parte del Estado requerido, cuando el proceso en el Estado requirente se haya basado en pruebas consideradas inadmisibles por el ordenamiento del primero. Y algunos instrumentos recientes de cooperación judicial establecen que las informaciones intercambiadas entre los Estados sólo pueden utilizarse en el caso concreto para el cual la cooperación fue solicitada (178). Por esta razón, según el informe SCHUTTE, no es difícil prever que los tribunales nacionales pasen a rechazar expresamente las pruebas obtenidas por el Estado requirente utilizando métodos prohibidos en el Estado requerido (179). Una prueba cierta de esta tendencia es el Proyecto de Resolución elaborado en 1992, durante la reunión preparatoria de Helsinki para el XV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, realizado en Río de Janeiro, en setiembre de 1994, donde las conclusiones fueron confirmadas, destacándose la necesidad de que los Estados destinatarios de pedidos de cooperación judicial se preocupen con el hecho de que los tratados no les creen obligaciones que resulten en violaciones de derechos fundamentales y particularmente de las normas garantizadoras de un proceso justo, como se lo reconoce generalmente. Así, a modo de ejemplo, los Estados cuya legislación restringe el uso de pruebas ilícitas deberían aplicar las mismas restricciones en relación a las pruebas obtenidas en el Estado requirente (180).

Naturalmente, esa visión se opone radicalmente al entendimiento antiguo, que abogaba la prohibición de que un Esta-

---

(177) *Ibid.*, pp. 72/73.

(178) Informe SCHUTTE, pp. 77/78, con referencia al Tratado de Schengen de 1990.

(179) *Id.*, *ibid.*, p. 79.

(180) *Ver supra*, n. 3.

do se inmiscuyera en el proceso de otro. Pero como observan LAGODNY Y REISNER, la denominada *prohibition of exporting* (derecho nacional o regional) sobre los derechos humanos no existe, en vista de la responsabilidad que el Estado tiene ante su propia Constitución (181).

Como ya se estableció en ese informe (182), se trata de dos posiciones inconciliables: la clásica, por la cual al Estado requerido no le es dado interferir o ejercer el control de lo que ocurrió u ocurrirá en el proceso del Estado requirente, de modo que por diversas razones el principio del *non inquiry* debería ser "respetado religiosamente" (183). Se trata del denominado *export-ban argument*, por el cual el sistema legal extranjero no podría medirse en base al sistema del Estado requerido (184).

Pero en el otro extremo se encuentra la posición preocupada con los derechos del hombre, por la cual el Estado requerido es tan responsable como el Estado requirente acerca de la rigurosa observancia de los derechos fundamentales y de las garantías procesales de la cooperación internacional en materia penal. En esta segunda línea, se observó que dado que en el momento de la extradición – y el mismo vale para otras formas de cooperación judicial – el individuo está sometido a la jurisdicción del Estado requerido, éste se vuelve responsable del tratamiento procesal y/o sustancial reservado al individuo por el Estado requirente, aunque la violación vaya a ocurrir o haya ocurrido fuera de su esfera territorial (185). Se trata de extraer del sistema internacional de cooperación judicial un concepto de *jurisdicción desvinculado de la esfera territorial de cada Estado involucrado*, junto con la conceptualización de una *responsabilidad* directa e inmediata del Estado requerido acerca de las violaciones a los dere-

---

(181) LAGODNY Y REISNER, *Extradition treaties*, cit., p. 565.

(182) *V. supra*, n. 7.2.2.2.

(183) Son las palabras del informe del Estado de Israel, p. 81.

(184) El informe nacional de Alemania refiere esa posición, pero la combate con vehemencia (pp. 18/19).

(185) NICOLETTA PARISI, *Estradizione*, cit., p. 31/32.

chos humanos por cualquiera de las partes (186) — aunque sean potenciales.

Es claro que cuando los Estados pertenecen a la misma comunidad, existiendo entre ellos homogeneidad de sistemas procesales y observancia de garantías equivalentes, puede operar la presunción de conformidad del sistema extranjero al ordenamiento nacional, incluyendo las garantías convencionales. Pero las mayores cautelas deberán tomarse cuando se trate de países no signatarios de las Convenciones sobre derechos humanos, como ya establecieron los órganos internacionales de garantía (187).

Sobre todo en estos casos, el control del juez del Estado requerido se extiende a las normas procesales (y materiales) del Estado requirente, así como a las modalidades de su aplicación (188). Queda así superada la dificultad acusada por la jurisprudencia de Europa continental, en lo que respecta a resolver el conflicto entre la idea de soberanía del Estado requirente y la exigencia de rechazar la cooperación judicial en relación a un país en el que no se asegure el *standard* mínimo de garantías. Y queda también superada la *rule of non-inquiry* impuesta al juez norteamericano, de quien se retiraba el control de los motivos por los cuales la cooperación era solicitada y sobre todo del tratamiento procesal reservado a la persona en el Estado requirente (189).

Como destaca NICOLETTA PARISI, a esos resultados la jurisprudencia nacional llegó por caminos diversos: a) siendo la extradición una forma de cooperación entre dos Estados, no se puede hablar de neutralidad de uno de ellos delante de violacio-

---

(186) ID., p. 34. Con palabras más duras, el informe nacional de Egipto, presentado al XV Congreso de la AIDP, de autoría de ISKANDAR GHATTAS, habla de *complicidad* intolerable del Estado requerido que se abstenga de examinar las garantías procesales dispensadas por el Estado requirente (*Rév. Int. Dr. Pén.*, cit., p. 239).

(187) PARISI, p. 32, con jurisprudencia de la Comisión europea referida en las notas 57 y 58.

(188) ID., p. 53.

(189) ID., *ibid.*, notas 56 y 57.

nes evidentes de las garantías fundamentales; b) la conformidad de los ordenamientos nacionales al derecho internacional convencional multiplica su fuerza a través de la reconstrucción de una norma de derecho internacional general. Con lo cual el control del juez interno sobre las normas del Estado requirente pone de manifiesto la ruptura del *tabú* del respeto recíproco entre Estados, llevado a consecuencias extremadas (190).

La misma tendencia es señalada por LAGODNY Y REISNER en el ensayo citado (191). A partir de la posición clásica sobre la prohibición del *ne bis in idem*, ya acogida por la casi totalidad de los tratados y ordenamientos nacionales, se pasó por el rechazo de la cooperación judicial cuando se tratase de causa decidida por tribunales extranjeros de excepción (192), o de proceso en rebeldía (193), y se llegó más recientemente a la referencia al *fair trial* a ser observado por el país requirente, por lo menos en cuanto a la extradición pasiva.

Así lo hacen expresamente las legislaciones de Austria, Italia, Portugal y Suiza y la reserva de Francia a la Convención, en Eu-

---

(190) ID., pp. 53/54.

(191) LAGODNY Y REISNER, *Extradition Treaties*, cit., pp. 556/562.

(192) En este punto, como la Convención europea no es explícita, varios Estados presentaron reservas en el sentido de negar la extradición en caso de tribunales *ad hoc*: así, Austria, Dinamarca, España, Finlandia, Islandia, Portugal, Suecia y Suiza: op. cit., pp. 560/561. Y algunos ordenamientos, como vimos, introdujeron la prohibición en su legislación nacional (Brasil, Egipto, Portugal, Suiza y Uruguay).

(193) LAGODNY Y REISNER, *op. cit.*, pp. 558/559, con referencias a los más antiguos tratados entre el Reino Unido y Hong Kong y e Reino Unido y Haití, para llegar a los más recientes, como el firmado entre Austria y Canadá y a diversas leyes internas como la de Dinamarca, Holanda, Finlandia, Noruega, Portugal, Suecia y Suiza. Además, el Segundo Protocolo Adicional de la Convención europea de extradición posibilita el rechazo en caso de que el Estado requirente no asegure el mínimo de defensa reconocido a cualquier imputado de infracción criminal, pudiendo a pesar de eso concederse la extradición mediante el compromiso de un nuevo juicio rodeado de garantías: la gran mayoría de los Estados ratificó el Protocolo (ver Anexos 1 y 2). Debe recordarse también, en las Américas, el Tratado de Montevideo de 1940, que ya anticipaba la posición del Segundo Protocolo Adicional de la Convención europea.

ropa (194). El informe de Egipto se refiere a la necesidad de probar que la persona tuvo oportunidad de defenderse en el país requirente (195). Como ya mencionamos, en América Latina, Chile asegura el mínimo, que es la prueba de la citación del acusado en el país requirente (196); el máximo se garantiza en México y en Perú: la ley interna del primero exige expresamente que el Estado requirente se comprometa a respetar los derechos fundamentales que el extraditado tendría si fuese juzgado en el país (197); y en el Perú, la concesión de la extradición exige que en el Estado requirente haya garantías de una recta administración de justicia (198). En el Uruguay, el tribunal examina la existencia de jurisdicción del Estado requirente y la citación y presencia del acusado, aplicándose también, por el Tratado de Montevideo de 1940, la exigencia de que la sentencia no haya sido proferida durante proceso en rebeldía, circunstancia en que la extradición sólo será concedida con el compromiso de que el extraditado sea sometido a nuevo juicio en el país requirente (199). A propósito, el tratamiento de la rebeldía es objeto de preocupación en diversos Estados (200).

Debe aún recordarse que por la cláusula de "orden público", presente en algunas leyes internas, se puede llegar al mismo resultado. Es importante notar por ejemplo, que el principio ha sido interpretado por la doctrina española como observancia del "orden público constitucional" (201).

---

(194) LAGODNY Y REISNER, *op. cit.*, pp. 559/560.

(195) Informe nacional, p. 13.

(196) Informe nacional, p. 10.

(197) Informe nacional, p. 17.

(198) Art. 39 de la ley n. 24710, de 1987.

(199) Informe nacional, pp. 14-15.

(200) V. LAGODNY Y REISNER, *Extradition treaties cit.*, pp. 558/559, cf. nota 193.

(201) ID, p. 561, mencionando la obra de PUENTE EGIDO, *Límites constitucionales en el Derecho español de la extradición*, in *Verfassungsrecht un Völkerrecht für Wilhelm Karl Geck*, 1989, pp. 593/609, especialmente pp. 602 y 604.



Es también de LAGODNY Y REISNER el rico relevamiento de la jurisprudencia nacional de diversos países europeos, que cuenta con diversos juicios que representan, en la terminología de los autores, verdaderos “frenos de emergencia” a la extradición, por no respetar los derechos humanos, incluyendo las garantías procesales (202). Entre éstos, ofrecen particular interés los de Francia (203), Irlanda (204), Italia (205) y Reino Unido (206) y en menor medida los de Alemania (207) y España (208).

En los países extra-europeos, los informes no destacaron jurisprudencia que niegue la extradición por violación de garantías procesales convencionales o constitucionales, cuando la regla no está incluida en los tratados o en la legislación interna: pero en la Argentina esa preocupación comienza a manifestarse con la divergencia del Ministro BOGGIANO, cuando afirma que “el tratado de extradición con Brasil no debe interpretarse como rigiendo solamente relaciones entre Estados, ya que tiende a asegurar a los individuos un proceso tramitado de acuerdo a la ley, en que se pueda discutir la procedencia de la entrega”, refiriéndose también a la observancia de las garantías internacionales de la libertad y del debido proceso legal (209). Y en el Brasil, la cláusula que prohíbe la extradición cuando el Estado requiriente haya juzgado al individuo por tribunales de excepción fue interpretada recientemente por el Supremo Tribunal Federal como necesidad de observancia del debido proceso legal.

Efectivamente, después del entendimiento más antiguo de la Suprema Corte brasilera, que llegó a sostener que la materia relativa al vicio de citación escaparía a la competencia prevista en

---

(202) *Id.*, *op. cit.*, pp. 562/572.

(203) *Id.*, pp. 562/564.

(204) *Id.*, pp. 566/567.

(205) *Id.*, pp. 567/568.

(206) *Id.*, pp. 569/570.

(207) *Id.*, pp. 564/565.

(208) *Id.*, pp. 569.

(209) Jurisprudencia anexada al informe argentino, n. 70-XXIII, Nadel, León y otro, j. 4/6/93, divergencia de BOGGIANO.

el proceso de extradición (210), el tribunal afirmó, por el voto del Ministro SEPÓLVEDA PERTENCE, la posibilidad de controlar la existencia de las garantías procesales en el Estado requirente, adoptando un concepto más amplio de tribunal de excepción, que además de abarcar los órganos estatales creados *ex post facto*, también comprende los tribunales regulares “siempre que se caracterice, en tal circunstancia, la supresión en perjuicio del reo, de cualquiera de las garantías del debido proceso legal”. Afirma el voto que “la posibilidad de privación, en juicio penal, del *due process of law*, en los múltiples ámbitos en que se desarrolla ese principio garantizador de la propia libertad del acusado – garantía de amplia defensa, garantía del contradictorio, igualdad de las partes ante el juez natural y garantía de imparcialidad del magistrado procesante – impide la concesión válida del pedido de extradición” (211).

Todo eso significa en última instancia que por caminos diversos se llegó a la gradual restricción de la esfera de dominio reservada a cada Estado – antes absoluta – y es evidente la tendencia a no comprender mas en ella el tratamiento individual que pueda significar violación de los derechos fundamentales tutelados por las normas internacionales (212).

Es este el parámetro por el cual el Estado requerido debe evaluar la observancia de las garantías del debido proceso legal por el Estado requirente. No hay razón para la preocupación manifestada en el informe de Israel en cuanto a la imposibilidad de que un Estado evalúe el cumplimiento de las garantías procesales por parte de otro país de ordenamiento diferente, lo que justificaría según el relator, el principio de *non-inquiry* (213). Los instrumentos internacionales y la propia elaboración doctrinaria

---

(210) Informe brasileiro, p. 10, nota 24, Extradición n. 387, in RTJ 102/881.

(211) Informe brasileiro, p. 7, nota 16, Extradición n. 524 (caso Stroessner, Paraguay), RTJ 134/56. Pero la mayoría de los Ministros negó el pedido de extradición por cuestiones formales.

(212) PARISI, *op. cit.*, p. 55.

(213) Informe nacional, p. 81.

ya se encargaron de identificar los principios que forman la plataforma mínima de las garantías procesales de observancia obligatoria en cualquier sistema (214).

7.4.3. *El control jurisdiccional por órganos internacionales.*— La plena observancia de las garantías del individuo en el cumplimiento de la cooperación judicial en materia penal sólo alcanzará su plena culminación con el establecimiento de órganos jurisdiccionales internacionales encargados de la correcta y uniforme aplicación de las convenciones y tratados.

Aún en el sistema europeo, donde se asegura el acceso del individuo a los órganos internacionales de garantía, se siente esta necesidad, como notamos por el informe de Francia, que postula la idea de un tribunal penal internacional, bastante trabajada POR M. CHERIF BASSIOUNI (215).

Por eso mismo, el informe SCHUTTE para el XV Congreso de la AIDP registró la cuestión atinente a la ampliación de la competencia de los órganos internacionales existentes a la luz del Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos, o de los instrumentos regionales de los derechos del hombre, como las Convenciones europea y americana. El referido informe destaca que ésto podría significar su transformación en instancias judiciales que podrían tomar la decisión final acerca de la admisibilidad y oportunidad de la actuación internacional o

---

(214) V., por ejemplo, el reciente ensayo de LUIGI PAOLO COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo* (in Studi in Onore di Vittorio Denti, vol.1o., 1994, Cedam, pp. 297/381), que examina, a la luz de las garantías internacionales, el modelo de la *civil law* y el de la *common law*, concluyendo a favor de una posible abstracción del juego de constantes y variables, de un modelo garantizador coexistente para los dos sistemas, como *modelo general de síntesis* aplicable a cualquier ordenamiento. V. también el estudio análogo, para el sistema italiano, de ITALO ANDOLINA e GIUSEPPE VIGNERA, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Giappichelli, 1990.

(215) Informe nacional, p. 9, con referencias a la materia contenida en la Rev.int. dr. pén., 1992.

su rechazo (216). Esa jurisdicción, creada por deliberación de la O.N.U., con personal ya designado, aún no está en funcionamiento (217).

Según el informe Schutte, una cantidad considerable de informes nacionales sostiene una posición favorable a esa creación: así lo hacen Egipto, España, Holanda, Hungría y Sudáfrica (218).

También en los países de América – donde, a propósito, la Convención regional no contempla el acceso del individuo a los tribunales de garantía –, la exigencia del establecimiento de nuevas formas de control judicial internacional está muy presente, como se puede notar por los informes de la Argentina (219), Colombia (220) y México (221).

Se trata de un desarrollo posible en el futuro, aunque por ahora haya divergencias acerca del camino a ser seguido: transformar los órganos de control de los derechos del hombre ya existentes (para quienes, como nosotros, no tienen dudas en cuanto al aspecto tridimensional de la cooperación internacional), o prever nuevos procedimientos, como el arbitraje, o el planteo de esas cuestiones a la Corte internacional de Justicia, o aún la creación de una Corte especial con competencia penal (para los que aún piensan que los asuntos relacionados con la cooperación se restringen a conflictos entre los Estados) (222).

Por ahora, lo importante es detectar esas tendencias, con la convicción de que cuanto más intensa se vuelva la cooperación internacional en materia penal, mayor necesidad habrá de uniformizar las leyes y prácticas de los diversos Estados, en el re

---

(216) Informe SCHUTTE, p. 81.

(217) Informe de Francia, p. 9.

(218) Informe SCHUTTE, p. 82.

(219) Informe nacional, p. 26.

(220) Informe nacional, p. 21.

(221) Informe nacional, p. 40.

(222) Informe SCHUTTE, pp. 81/82.

speto de los derechos fundamentales, lo que sólo podrá hacerse de manera eficiente mediante el aumento de los órganos internacionales de garantía, a nivel internacional y regional.



TAKESHI KOJIMA

LEGAL FAMILIES  
IN PROCEDURAL LAW REVISITED





This article draws on the national reports in English or German of the following countries: Australia (M. Smith, Melbourne University; V.L. Taylor, Australian National University); Austria (W. Jelinek, Karl Franzens University); Canada (H P. Glenn, McGill University); England–The UK (J.A. Jolowicz, Trinity College, Cambridge; R. Fentiman, Queens College, Cambridge); France (R. Martin, Avocat Honoraire); Germany (H. Koch, University of Rostok); Greece (D. Maniotis, Democritos University of Thrace); Hong Kong (K. Lynch, University of Hong Kong); Italy (G. Tarzia, University of Milano, L.P. Comoglio, University of Pavia); Japan (A. Isikawa, Asahi University & T. Mikami, Yokohama City University, M. Omura, Chuo University); The Netherlands (A.I.M. van Mierlo, Erasmus University of Rotterdam); New Zealand (A.H. Angelo, Victoria University of Wellington); Scotland–The UK (E. Örüçü, University of Glasgow); Sri Lanka (I. Ladduwahetti, Y.J.W. Wijayatilake, State Court Secretary at the Attorney General's Department & S.N. Silva, Justice); Sweden (A. Bruzelius); Turkey (E. Özsunay, Istanbul University); The USA (R.C. Casad, J. M. Kane & J. H. Kane, University of Kansas)

## I

### INTRODUCTION

- A. Comparative Study Sovely Needed
- B. Legal Families in the Context of Judicial Procedure
- C. Possibility of Transplanting the Law
- D. Legal Network in the Age of Globalization

## II

## SURVEY OF COURT AND PROCEDURE

- A. Source of law
- B. Judicial Organization
- C. Action and Hearing
- D. Judgement, appeal and Execution
- E. Harmonization of Legal Families

## III

## LEGAL FAMILIES

- A. Historical Perspective
- B. Some Features of Legal Families in the procedural Law
- C. The Utility of Legal Family Classification

## IV

COMPARATIVE STUDY IN THE CONTEXT  
OF JUDICIAL LAW

- A. Need for Broader Approach
- B. Newly Emerging Trend in Procedure
- C. Modes of Thought

## V

COMMON EFFORT TO HARMONIZE  
THE LEGAL PROCESS

- A. The Emergence of an International Legal Service
- B. A Worldwide Procedural Model

VI  
CONCLUSION



## I

### INTRODUCTION

*A. Comparative Study Sorely Needed.*— This conference topic of “Legal Families in Procedural Law Revisited” is a most timely one for several reasons. The first is continuing process of globalization of procedural law norms. The second is the increasing phenomenon of the collision of judicial power between states, which is demonstrated by the growing tension between the US on the one hand, and Europe and Japan on the other in the battle of jurisdiction and conflict of laws. One of the causes of friction is the difference in procedural rules and standards, which in turn gives rise to forum shopping. An example of this can be found in Japan, in the deliberation surrounding the 1994 Law Concerning Product Liability, which created a regime of strict liability on producers. The proposal of this law aroused considerable anxiety both from the industrial sector and part of the general public from a concern that this legislation would lead to an explosion of product liability litigation as had occurred in the US which imposes a similar regime. Considerable research was conducted by the Japanese authorities, especially in the form of study groups sent to the US and Europe. The result of these studies was a finding that the impact varied from country to country. In Europe, where there are laws imposing strict liability, there is no such litigious crisis, yet in the US there is a substantial problem of “excessive” litigation. That is to say, although there are basically the same substantive rules governing this area of law, the results which flow from the laws are vastly different. European experts claim that the explosion in the US

of product liability litigation is mainly due to US legal procedure and professional behaviour. This explanation partly contributed to a grudging acceptance of this type of law in Japan by industry (1).

A comparison of the procedural systems in the US on the one hand and Europe and the UK on the other shows several differences. One initial difference is the level of the filing fee needed to commence an action – in the US such fees are nominal, yet in Europe and Japan they are quite substantial (with the notable exception of France which has no filing fee). Another is the difference in the fact finding powers available in litigation, in most European countries there is no discovery (with the exception of the UK), while in the US discovery powers are quite extensive. Furthermore in the US one needs only show a preponderance of evidence, while in Europe and Japan a much higher standard of proof is required, thus often making the filing of a suit more difficult. A further incentive in the US to litigate is the power of juries in that country to award large damages including substantial punitive damages to a plaintiff. It can also be argued that the confrontation-orientated legal culture of the US breeds a higher level of litigation. Lastly, the use of a contingency fee system and liberal advertisement of legal services in the US may be pointed to as a contributory factor in encouraging litigious action.

Lastly there is a strong need for comparative analysis of judicial procedure, however it may be that the present paradigm of legal families does not adequately reflect the changing reality in a time of increasing convergence and innovation on a global level between legal systems. The growth of international and supranational legal standards, the trend towards regionalisation and free trade, the collapse of the former socialist legal systems in Eastern Europe and the entry into the international sphere of

---

(1) Industrial Research Institute, *Field Study of the Reality of Product Liability in Europe and the U.S.A.* (1991) at pp. 4 & 72.

developing countries requiring new legal structures has altered the landscape of traditional legal discourse. This leads to the conclusion that there needs to be a meaningful re-examination of existing concepts and ideas surrounding the classification of legal systems and families of law.

*B. Legal Families in the Context of Judicial Procedure.*— When focusing on the analysis of legal families, there are some initial interesting points that should be raised in re-evaluating their classification.

*a.* The possible demise of the socialist law family.

*b.* Where the legal systems of the Far East should be located — these systems are far less homogenous than previously assumed (i.e. in Japan, mediation is favoured in resolving disputes, yet in Korea this method is unsuccessful).

*c.* The existence of mixed legal systems, as demonstrated by several national reports such as Greece, Japan, Quebec (Canada), Scotland, Sri Lanka, and the State of Louisiana (the US) to name a few (Canada, p. 1; Greece, p. 1; Japan—Ishikawa et al, pp. 3–6; Japan—Omura, p. 2; Scotland, p. 1; Sri Lanka, pp. 1–15; US, p. 15).

*d.* The significance of a legal family discourse. Some reports questioned its utility (US, p. 36), whereas most other reports said it had at least some value.

*e.* To what extent a categorizing by legal family in the context of civil procedure should be different from one developed mainly in the area of private, substantive law.

*C. Possibility of Transplanting the Law.*— At this stage it should be emphasised that multi-dimensional analysis is indispensable in this field and that is to say that in addition to procedure and court, a second important aspect concerns issues surrounding the legal profession, such as the number of lawyers in

a jurisdiction, the construction of the profession, the standard of conduct (ethics etc.) and legal education. The third aspect is society, which includes individual legal consciousness and the social expectations of the law.

With regards to procedural law, there is a certain degree of universality, but there is also demonstrable difference. Opinion is divided on the degree of cultural factors. In several cases legal systems have been wholly transplanted into a new culture, such as happened in Hong Kong, Japan, Korea etc (Hong Kong, p. 1; Japan—Ishikawa et al., pp. 2–4; Japan—Omura, p. 2; Sri Lanka, p. 1). The assimilation process is very slow in such cases but transplantation is still possible even concerning devices which are hostile to local culture (Japan—Ishikawa et al., pp. 28–29). Although it has not been much utilised in the beginning, it can nonetheless happen. For example, representative suit was formally unknown in Japan, but since its inclusion in corporate law, despite not being used at first, the issue of corporate governance has recently captured the attention of the public. Courts and the Legislature have reduced the previously heavy burden of the filing fee. Such developments have resulted in a much increased level of litigation of this type in a relatively short period of time. Further evidence is found in Japan with the introduction of discharge in bankruptcy which is now widely accepted after having slept for a considerable time. A further example is taxpayers litigation introduced in relation to local governments more than four decades ago which is actively utilised. This may show that culture is not an impenetrable obstacle to legal transplantation.

*D. Legal Networks in the Age of Globalization.*— Standardization of legal systems is an extremely difficult goal to accomplish. A more readily and realistically realized means of facilitating the interaction between legal systems is harmonization. To this end there is a distinct need for good lawyers who have an understanding of different legal families, that is, globally minded



individuals. There is also a need for international dialogue which is a prerequisite for encouraging the cultivation of such legal minds. This dialogue can only take place if there is a sufficiently well formed network in which it can take place.



## II

### SURVEY OF COURT AND PROCEDURE

A. *Source of Law.*— The primary legal source for nearly all of the countries in the survey for rules of civil procedure was legislation. However, there is generally a distinction that can be drawn between common law countries and civil code jurisdictions. Civil law countries tend to have a purely legislative source for civil procedure, whereas common law countries have their procedure set out in delegated legislation in the form of rules formulated by the courts and judicial precedent. Scotland, although primarily classed as a common law country, resembles its European neighbours in having solely a legislative base for its civil procedure, due to its being a historical “hybrid” of common law and European civil law (Scotland, p. 1; Sri Lanka, pp. 1–2). Countries such as Japan, Greece and the Netherlands included custom as a source of procedural law (Greece, p. 2; Netherlands, p. 3; cf. Japan—Omura, p. 1). Japan is an exception to the civil law countries, its procedure being partly common law—type court made rules, due to the post—World War 2 influence of the US. The Netherlands and Italy also included treaties as a source of procedural law, such as the European Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights (Italy—Comoglio, p. 4; Netherlands, p. 3), being directly bound by international covenants to which it is a signatory (Netherlands, p. 18). As will be discussed later, this represents an increasing trend, and the existence of supranational legal institutions and the increasing importance of international law is aiding in the harmonization of domestic legal systems.

CONSTITUTIONAL GUARANTEES REGARDING PROCEDURE. It should also be noted that many of the civil law countries, with the notable common law inclusion of the US, have constitutional guarantees on matters of civil and criminal procedure, e.g. due process, the right to legal representation, the right to a fair trial, public trial etc (Greece, p. 3; Italy—Comoglio, p. 4; Netherlands, p. 14; Sweden, p. 4; US, p. 3; cf. England—Fentiman, p. 2). These rights are often reproduced in legislative form, but are nonetheless paramount principles in the interpretation of procedural norms.

It is interesting to note that common law countries with constitutions traditionally lacked such constitutional guarantees and rights, based on a historical belief that the common law was the best means with which to protect individual rights. In modern times, confidence in such positivist theories has wilted in the face of miscarriages of justice, and has seen the rise of a rights-based discourse and the birth of constitutional and legislative protections such as the Canadian Charter of Human Rights and the New Zealand Bill of Rights Act.

In relation to features that are peculiar to certain jurisdictions and legal families, procedures such as discovery (US, pp. 5 & 17), contempt of court, class actions (US, p. 28–30) and recognition of indigenous legal systems were mentioned by several countries as features requiring special mention. Although some of these features are quoted as being unique to certain jurisdictions, it is evident that most jurisdictions have procedures which serve a similar function or produce a similar result. For example, while contempt of court is a term of art inherent in common law jurisdictions to describe the criminal and civil sanctions resultant upon disobeying an order of the court, most civil law systems have methods of coercing persons to comply with their rulings with something akin to punishment. Equally, the procedure of common law discovery which has been expanded by the US (US, p. 17). Discovery entails the request of a party to obtain documents and other

evidence it believes to be relevant to its cause of action from the other party or a third party, which is granted by the court and performed by the requesting party. Functionally similar procedures are available to some extent in most civil law jurisdictions, although the power to request and order documents commonly lies with the parties and the judge as part of proof-taking in the early stages of procedure.

**MINORITY RECOGNITION.** Other features peculiar to certain legal systems are those relating to special groups and minorities. For example, New Zealand provides that the Maori language may be used in court, Maori land matters have special jurisdiction, and a tribunal for Maori claims against the state (NZ, p. 1). The US also has provision for indigenous people, with Indian reservations having their own legal systems in both civil and criminal matters (US, p. 18). Greece has special provisions for dealing with family law and succession matters concerning members of its Muslim population (Greece, p. 2; cf. Sri Lanka, pp. 12-14).

Most countries reported having no special provisions relating to religion, i.e. having secular legal systems. Greece (*supra*) and common law countries mention that witnesses are sworn in on religious beliefs (oath) or by personal convictions (affirmation, etc).

**B. Judicial Organization.— HIERARCHY OF SYSTEM.** Most of the legal systems reported on had a three-tiered hierarchical system of courts of first instance and appellate courts for disputes of certain types or concerning monetary amounts above a fixed limit. However there exists many jurisdictions which have procedures and avenues of redress which vary greatly depending on the nature of the dispute, the discretion of the court and other legislative requirements. A common feature is multiple judges or panel appellate hearings.

**SPECIAL JURISDICTION.** As regards the existence of special jurisdictions covering administrative and other matters, there is a fair amount of diversity. Germany has probably the most specialized system having, on top of its courts of ordinary jurisdiction, administrative courts dealing with disputes of a non-constitutional nature as well as Social Security, Tax and Labour Courts (Germany, pp. 1,2; Italy-Tarzia, pp. 2-3; cf. Hong Kong, pp. 12-14). What is of particular interest is that all five of the branches in the German system have their own Supreme Court dealing with appellate matters, which can be called together to form a Common Senate to rule on disputes where disagreement has arisen amongst the different branches. At the other end of the spectrum, specialised courts, especially the administrative courts found in some continental jurisdictions, tend to be anathema to common law countries, although most jurisdictions have some sort of tribunal system to deal with administrative matters (Australia-Taylor, p. 6; Australia-Smith, p. 4; Canada, p. 6; England-Jolowicz, p. 5; NZ, pp. 1-2; US, p. 21; Japan-Omura, p. 5). Also, the specialised courts that do exist tend to be in areas such as family law and industrial matters (England-Jolowicz, p. 5; NZ pp. 1-2).

For example, the role of tribunals in making determinative or binding decisions is limited in common law countries, the Australian High Court has recently ruled that the enforcement mechanisms of the Human Rights and Equal Opportunity Tribunal is unconstitutional. In Europe, special courts have been a recognised feature of their court hierarchy. Sweden has a marked delineation between its courts of general jurisdictions and administrative courts (Sweden, pp. 7,9-10), so too has Turkey with courts of general administrative and military administrative jurisdiction, as well as constitutional, and military criminal courts (cf. Turkey, pp. 5-6; France, pp. 2-3). Administrative courts are found in most European jurisdictions (Austria, p. 3; Greece, p. 3; Italy-Comoglio, pp. 6-7; Italy-Tarzia, p. 2; Netherlands, pp. 5-6).

**CONSTITUTIONAL REVIEW.** Constitutional review by the courts in countries with a written constitution was an almost universal feature. However there tended to be a divide between countries where ordinary courts had the power to make findings on constitutional issues (Greece, p. 3; Japan—Ishikawa et al., p. 4; NZ, p. 1; Sweden p. 8; US, p. 21) and those where there existed separate constitutional courts (Germany, p. 1; Italy—Comoglio, p. 7; Turkey, p. 4) or where the highest court in the hierarchy has the power to determine issues of constitutionality (Canada, p. 7). England and New Zealand stand out as countries having no written constitution (NZ, p. 1). Of particular interest is the Netherlands, where the constitution prohibits judicial review of the constitutionality of Acts of Parliament and treaties (Netherlands, p. 6).

**NUMBER OF JUDGES ON THE PANEL.** The number of judges that sit on the bench varies from country to country, depending on the type of court, the matter to be decided and the level at which the matter is being decided, e.g. first instance, first or second appeal etc. There is a general trend in common law countries where most matters at first instance are dealt with by a single judge or magistrate and in specified matters by three judges. In contrast, common in civil law countries is that a three-judge panel sits to hear a matter.

Most countries reported having a single Supreme or High Court as the court of final appeal on matters of law. The role of Supreme courts is often a unifying one, especially in common law countries where there are no separate administrative or constitutional jurisdictions. There is of course a need to make mention of federated states, where there often exists supreme courts in each state whose decisions can be appealed to the federal Supreme Court (Canada, pp. 5–6; US, p. 11). As noted above, Germany has supreme courts for five jurisdiction with special procedures to ensure consistency. Of countries that have separate administrative jurisdictions, there is a divide between those

that have separate supreme courts for reviewing administrative actions (Germany, pp. 1–2; Sweden, pp. 7, 9–10) and those whose highest court reviews decisions of most if not all lower courts (Greece, p. 3; Italy–Comoglio, p. 10; Netherlands, p. 7; Turkey, pp. 8–9). The UK is unique in that its highest judicial body, the House of Lords, has an almost entirely appellate jurisdiction, yet has no power to pass judgement, but can only remit the case with a recommendation. Final determination is made by the Court of Appeal (Scotland, p. 6).

**APPOINTMENT OF JUDGES.** Popular election of judges seems to be an extremely rare occurrence with most countries stating some form of executive or parliamentary control in appointing members of the judiciary (Australia–Smith, p. 5). The one country where election of judges exists is the US, where some states have judicial elections, and in other instances judges are appointed by the governor or the Supreme Court. Federal Judges are appointed by the President (US, p. 23). Some countries have professional ruling bodies which control the appointment, promotion, removal etc of judges (Italy–Comoglio, p. 8; Turkey, p. 8). In other cases it is the Ministry of Justice or equivalent which selects judges (Austria, p. 6; Canada, p. 7; Germany, p. 2; NZ, p. 2) or Cabinet (Japan–Ishikawa et al., p. 5) (2). In Greece, judges are appointed by presidential decree (Greece, p. 5), in Britain by the Crown on advice from the Lord Chancellor (Scotland, p. 7) and in the Netherlands by Royal Decree (Netherlands, p. 8).

**TENURE OF JUDGES.** The tenure of judges is another area where there exists a high degree of similarity between systems. Most countries have fixed tenure of judges till they reach a retiring age of between 65 and 75 (Australia–Smith, p. 5; Ger-

---

(2) As a matter of fact, cabinet selects Supreme Court judges on the advice of the Chief Justice of the Supreme Court in Japan.



many, p. 2; Italy—Comoglio, p. 8; Japan—Omura, p. 6; Netherlands, p. 8; NZ, p. 2; Scotland, p. 7; Turkey, p. 8). This also holds true for federal judges in Canada (Canada, p. 7). In Sweden, permanent judges have tenure for life (Sweden, pp. 7–8). In the US federal judges are appointed for life, as are judges in Greece (Greece, p. 5; US, p. 23) (3). However there is difficulty in relation to terminology, as some reports used “life tenure” in the sense that judges were not removable except in extraordinary circumstances until a fixed age, and others use it in the strict sense of till death or till incapable of sitting at the bench. There may be thus some confusion surrounding these conclusions.

INDEPENDENCE OF THE COURTS AND JUDGES. Independence of the judiciary was a universal theme, with many reports citing constitutional entrenchment of this principle (Greece, p. 5; Hong Kong, p. 17; Italy—Comoglio, pp. 6–8; Japan—Omura p. 6; Netherlands, p. 8; US, p. 6). Federal judges in the US have constitutional protection (US, p. 24). Other countries have legislative or customary independence (England—Jolowicz, p. 12; NZ, p. 2). Several reports also cited forms and mechanisms of independence. Commonly, judges are protected from having their salaries reduced (NZ, p. 2; Turkey, p. 8; cf. Hong Kong, p. 16,17). Italy has constitutional guarantees for example ensuring that judges and courts, and the organization and structure of courts and tribunals are subject only to law, that people cannot be deprived of their “natural judge”, that judges and magistrates are normally immune from transfer or removal and are ranked in accordance with their functions and jurisdictions (Italy—Comoglio, p. 8). The Netherlands report includes an academic analysis that differentiates between types of judicial independence and broadens the traditional ambit of that independence —

---

(3) A Key element in the Australia definition of “judicial” power is that it cannot be exercised by a person appointed for a term of years (Australia—SMITH, p. 5).

independence from other state powers, independence from parties in a procedure, independence from judicial colleagues and independence from citizens and the media (Netherlands, pp. 8–9). In Australia, a worrying practice has emerged at federal and state level to get rid of a troublesome judge by abolishing the court creating a new court with similar jurisdiction and reappointing all but the troublesome judge (Australia–Smith; p. 5).

**QUALIFICATION OF JUDGES.** The selection of judges in nearly all jurisdictions is solely made from persons holding legal qualifications, although some jurisdictions cite limited participation by lay judges (i.e. non-law graduates), normally sitting alongside professional judges and usually in particular areas of law (Australia–Smith, p. 6; Germany, p. 2; Japan–Omura, p. 6; Sweden, pp. B10–B11). Greece allows for participation of law professor in proceedings concerning miscarriage of justice (Greece, pp. 5–6). The ways in which judges are selected vary however. Civil law countries have special educational streams and examination or apprenticeship processes to select judges (Germany, p. 5; Italy–Comoglio, p. 8; Japan–Omura, p. 6; Turkey, p. 8). In common law countries, members of the judiciary are selected from practising lawyers (Hong Kong, p. 15; US, p. 23).

**JURY SYSTEMS.** Juries are traditionally a feature of common law countries whose purpose is to decide on issues of fact, most notably in criminal matters, and only the US has the right to a jury trial constitutionally guaranteed (Australia–Smith, p. 16; England–Jolowicz, p. 8; NZ, p. 2; US, pp. 24–25). In Canada, juries are rarely used and have been abolished in Quebec (Canada, p. 8). Most civil law systems do not have the concept of a jury, although exceptions can be found in the case of Italy in criminal cases (Italy–Comoglio, p. 11; Italy–Tarzia, p. 4).

**PUBLIC ATTORNEYS.** Whilst most systems have some kind

of public attorney, the role, functions and powers of that institution vary considerably. Public attorneys or prosecutors play a major role in criminal cases in nearly all jurisdictions, but the role in civil cases is often limited. However public attorneys being able to be parties or intervene in cases of family law, company law or issues of public policy/morality were cited in many reports. In some civil law jurisdictions (e.g. French families), public attorneys are special career judges prosecuting criminal matters and certain civil matters (of the type of the French *Ministère Public*), who belong to the judiciary but have separate status (Greece, p. 5; Italy—Comoglio, p. 12; Turkey, pp. 8–9).

In common law countries and some civil law countries (German families) public prosecutors and attorneys-general are executive institutions who prosecute criminal matters and some civil matters, but generally have no power to appeal cases to which they are not a party except sometimes in matrimonial cases (England—Jolowicz, p. 9; Germany, p. 3; Japan—Omura, p. 7; NZ, p. 2). Again there is confusion surrounding the terminology used, and it is not exactly clear from the reports whether the term “public attorney” was used in a generic sense or in the specific continental sense.

**REGULATION OF LAWYERS.** The regulation of private attorneys and lawyers is an area of great concurrence. Nearly all reports stated that private attorneys needed to be persons who had completed some form of recognized legal education, in many cases requiring further study and bar examinations (Australia—Smith, p. 6 Canada, p. 8; Germany, p. 3; Greece, p. 7; Hong Kong, pp. 18–19; Italy—Comoglio, pp. 14–15; Netherlands, p. 11; NZ, p. 2; Turkey, p. 10; US, p. 25). In the UK and Japan, a law degree is not essential but in practice legal practitioners hold law degrees (England—Jolowicz, p. 9; Japan—Omura, p. 7). The US report also mentioned that in many states, legal practitioners are required to attend a certain number of hours of continuing legal training to be allowed to continue to practise (US, p. 25).

There is however a clear division between those countries where private attorneys hold duties only to their clients (Austria, p. 9; Germany, p. 3; Netherlands, p. 11) and those where there is in addition a general duty to the public or to the court (Canada, p. 9; Japan—Omura, p. 7; NZ, pp. 2–3; Turkey, p. 10; US, p. 26). It is quite likely that a personal view of the reporters is reflected in this assessment.

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION. Arbitration and mediation appear in most jurisdictions, although the degree to which they are used and the preferred models vary considerably. Arbitration and mediation are often used in commercial disputes and disputes involving small claims, consumer issues and family matters (Australia—Smith, p. 6; England—Jolowicz, p. 9; Germany, p. 3; Hong Kong, p. 20; NZ, p. 3; Sri Lanka, p. 11). It should be borne in mind that arbitration is prohibited in matters concerning public policy or morality like divorce (Turkey, p. 12) and arbitration cannot be used in family law matters in the Netherlands (Netherlands, p. 12). Mediation was cited as very popular form of dispute resolution in Japan (Japan—Ishikawa et al., p. 25; Japan—Omura, p. 8) but not a legal institution in the Netherlands (Netherlands, p. 12). The Italian report contains a significant discussion on the definition of what constitutes alternative dispute resolution, as conciliation can exist within as well as outside the court process and the advantages of the informality of arbitration (Italy—Comoglio, pp. 16–17). Arbitral awards as a result of arbitration are in most cases enforceable by the courts (Australia—Smith, p. 6; Canada, p. 9; Germany, p. 3; Italy—Comoglio, pp. 16–17 & 19; Japan—Ishikawa et al., p. 27; Netherlands, p. 12; Turkey, p. 13; US, p. 26; cf. Hong Kong, p. 20). It may be said that formal arbitration has the force of a judicial determination (4) (e.g. NZ, p. 3). It is emphasised in

---

(4) Solution in mediation has force as an agreement. Beyond this, in some

view of recent reform of arbitration law in the UK that there is no judicial power to consider questions of law surrounding arbitration nor is there a right to appeal (England—Jolowicz, p. 9). Grounds of judicial redress to arbitral awards is very limited (e.g. Italy—Comoglio, p. 19). In some jurisdictions there is a mixture of voluntary and involuntary arbitration (NZ, p. 3; Turkey, pp. 12–14). In other jurisdictions arbitration is purely a voluntary alternative to litigation (Canada, p. 9; England—Jolowicz, p. 9; Germany, p. 3; Italy—Comoglio, p. 17; Japan—Omura, p. 8; Netherlands, p. 12), however there are moves in some of these countries to introduce compulsory arbitration in some disputes. It is also a noteworthy feature to have compulsory mediation in family law disputes (Japan—Omura, p. 8; NZ, p. 3) in which a party has to use mediation before starting a lawsuits.

C. *Action and Hearing.*— BRINGING AN ACTION. In general, prerequisite to bringing an action were reasonably similar. Fundamental criteria such as the plaintiff being an adult, or in the case of a minor, being represented by an adult (usually a parent), being *compis mentis*, and all jurisdictions provided for foreigners to commence an action, although both Germany and Turkey require a some form of security to be paid (Germany, p. 1; Turkey, p. 15) with exemptions where special treaty relationships exist. In Italy, foreigners have equal rights to bring suit. Certainly jurisdiction limitations exist with respect to actions brought against them (Italy—Comoglio, p. 22; Italy—Tarzia, p. 6). The form of initiating actions was usually by writ or by petition (cf. Netherlands, p. 13).

LEGAL AID. Some form of legal aid was available in nearly all countries where a person did not possess the financial means to defend their interests or enforce their rights under law. The

---

countries a party can enforce it as if a court decision.

source of the funds can be independent beneficial legal organisations (Japan—Omura, p. 8), government schemes (England—Jolowicz, p. 10; Canada, p. 9; Greece, p. 9; NZ, p. 3) and in forma pauperis in court (Germany, p. 3; Turkey, p. 16).

**CLASS ACTION.** Class actions, although becoming widespread in common law countries, are not a feature of many legal systems. Some jurisdiction do not permit any sort of class action (England—Jolowicz, p. 10) (5) while others do not have class actions as such, but allow for certain representative actions on behalf of groups such as consumers, chambers of commerce, unions etc where there is an identifiable public interest (Australia, p. 11; Germany, p. 3–4; Greece, p. 8; Netherlands, pp. 13–14; NZ, p. 3; Turkey, pp. 16–17). In Canada, class actions are available in some provinces, although they are not widely initiated (Canada, pp. 9–10). In Australia, there is no class action structure along the US lines, although law reform bodies have called for the introduction of class action (Australia—Smith, p. 7). It is of course the US where class actions have evolved the most, with the US report providing a detailed explanation of the scope of such actions (US, pp. 28–30) (6).

**OPENNESS OF JUDICIAL PROCEEDINGS.** The principle of public open court proceedings (transparency) was universally cited as a fundamental aspect of the judicial process. This has constitutional recognition in some countries (Greece, p. 9; Japan—Omura, p. 9; Netherlands, p. 14; Turkey, p. 19). Courts generally do have a discretion however to conduct proceedings in camera if issues concerning public security, morality, trade secrets and especially family and custody matters (Australia, p. 11;

---

(5) In Japan, there are quasi class actions such as shareholders' derivative actions in Company Law (Japan—OMURA, p. 9).

(6) In Europe there is a tendency towards creating a kind of group action (e.g. German *Verbandsklage*) which is different in its construction but functionally equivalent to it in some extent.

England—Jolowicz, p. 10; Canada, p. 10; Germany, p. 4; Greece, p. 9; Italy—Comoglio, p. 25; Japan—Omura, p. 9; Netherlands, p. 14; NZ, p. 3; Turkey, p. 19; p. 10; US, p. 30) (7).

As regards the conduct of judicial proceedings, the principle of a concentrated and continuous trial was often cited, but is not universal. Most jurisdictions do have concentrated and continuous hearings (England—Jolowicz, p. 10; Canada, p. 10; NZ, p. 3; US, p. 30). The lacuna between principle and actual practice has been highlighted in both Germany (Germany, p. 4) and in particular Japan (8). This has been attributed to poor pretrial procedures and an inadequacy or lack of a system of discovery (Japan—Omura, p. 9). Turkey has an explicitly piecemeal system (Turkey, p. 19), whereas the Netherlands has a fragmented writ process, a concentrated examination of witness phase followed by an interim judgement to prove facts then a counter-inquiry (Netherlands, pp. 16–17).

**PROOF-TAKING.** The traditional notion that there is a distinct divide between common law judges who play an entirely passive role in proceedings and the civil law judge who controls most of the conduct and witness examinations is mythical and stereotypical. Distinctions between the families are hard to draw, ideas are crossing between jurisdictions and families and a spectrum of methods has arisen.

Fact finding is purely the task of the judge in some jurisdictions (Germany, p. 4; Japan—Omura, p. 10), while in common law countries, where there is a jury, it is the sole arbiter of fact, and where there is no jury it is then the judges task to make findings of fact (England—Jolowicz, pp. 10–11; NZ, p. 4; US, p.

---

(7) To what extent courts have discretion differs. For example, the Japanese Constitution has more or less a fundamentalistic rigidity with regard to the principle of an open court (Constitution, Art. 81).

(8) "The trial should be held continuously and if it is unpracticable, the interval of trial dates should be set as short as possible. But the demand of the Rules cannot be said to be met. Trials in Japanese civil procedure are not concentrated or continuous" in practice. (Japan—ISHIKAWA et al., p. 9).

31). In other countries, the court may order that certain witness evidence be given or documents be produced (Germany, p. 4; Netherlands, p. 16) and Italy, which is principally adversarial, only allows the judge to perform a supplementary role (Italy—Comoglio, p. 31) as is the case in Greece (Greece, p. 11)

**EXAMINATION OF WITNESSES.** The examination of witnesses is another traditional area of difference between common law countries and other families, and traditional roles are breaking down in various places.

In common law countries, only the parties may examine and cross examine witnesses (NZ, p. 4; US, p. 31), although the judge does have a role to clarify issues raised (England—Jolowicz, p. 11). Hybrid systems also exist, such as Japan which allows cross-examination of witnesses by the parties as well as supplemental examination by the judge (Japan—Ishikawa et al., p. 16; Japan—Omura, p. 10). In civil law countries, it is primarily the judge who examines witnesses, but parties are often allowed to put questions to witnesses following this (Germany, p. 4; Netherlands, p. 16) although some jurisdictions allow no direct questioning of witnesses, it must be put through the judge (Turkey, p. 21).

**PRODUCTION OF EVIDENCE.** There is another distinction, although not following the strict common law/civil law divide, between systems where judges may base their findings only on materials produced by the parties and cannot proffer their own proof (England—Jolowicz, p. 11; Italy—Comoglio, p. 31; Japan—Omura, p. 10; NZ, p. 28; US, p. 31) and those where the judge may come to independent conclusions (Germany, p. 4), although in other jurisdictions the court, whilst generally free to evaluate evidence produced by the parties, is bound to accept proof in certain specified situations (Greece, p. 11; Netherlands, pp. 16–17). In Turkey the judge has discretion to make an independent evaluation in certain circumstances (Turkey, p. 23).



Fact finding may be performed only by a single judge in common law countries where normally only a single judge sits on first instance proceedings (England-Jolowicz, p. 11; Canada, p. 10; NZ, p. 4; US, pp. 31-32) or in civil jurisdictions in the case of a panel of judges, a single judge may be chosen by them to find the facts (Germany, p. 4; Netherlands, p. 29). In Japan it is generally a single judge in the first instance, but a panel finds facts in the second instance (Japan-Omura, pp. 10-11).

**EXPERT WITNESSES.** The selection of expert witnesses demonstrates another fairly strong distinction between common law and other systems. In the former, expert witnesses are chosen by the parties and as a result tend not to be neutral although they are supposed to be impartial (Australia-Smith, p. 30; England-Jolowicz, p. 11; NZ, p. 4; US, p. 32; cf. England-Fentiman, pp. 14,15) however in Canada there is a trend towards using neutral expert witnesses (Canada, p. 10) and in New Zealand the judge may appoint an independent expert ( NZ, p. 4). In contrast, in other systems expert witnesses are supposed to be impartial and are appointed by the court (Austria, p. 14; Germany, p. 4; Italy-Tarzia, p. 8; Japan-Omura, p. 10; Netherlands, p. 17)

**APPLYING THE LAW.** Another division is manifested in the role of the judge in applying the law. Many systems follow the concept of *jura novit curia* (Germany, p. 4; Italy-Comoglio, p. 34) and in other, mostly common law jurisdictions, the judge is assumed to know the law and apply it on: his or her own initiative and parties can present their own briefs as to what the law is and how it should apply (England-Jolowicz, p. 11; Japan-Omura, p. 10; US, p. 32) although the Canadian report asserted that judges are neither supposed to know the law nor to apply it on their own initiative (Canada, p. 10). The New Zealand report stated that judges are supposed to know the law but do not apply it on their own initiative in civil cases, but will fully exercise

their discretion in criminal matters( NZ, p. 4). In any event, courts should see to it that both parties are aware of the law that is going to be applied in view of having a meaningful day in court.

PROCEDURAL GUARANTEES. Most countries reported respecting the fundamental principles of civil procedure and human rights (Canada, p. 10; England-Jolowicz, p. 11; Japan-Omura, p. 11; NZ, p. 4; US, p. 32). Constitutional protection of these principles was cited by some systems (Germany, p. 4; Greece, p. 12), though this occurs also in many of the above countries. The Netherlands listed examples of instances where principles of procedure can be mitigated where a party's interests are not affected, or where the other party's interests must prevail as in the case of a creditor to file for bankruptcy of a debtor without the debtor's knowledge. It also highlighted the role of the European Convention on Human Rights in the Netherlands, particularly the direct enforceability of the ECHR's provisions in domestic courts (Netherlands, p. 18). Greece also discussed the restrictions imposed on procedural safeguards from conflicting principles which counterbalance each other, i.e. the relativity of rights (Greece, p. 12).

D. *Judgement, Appeal and Execution.*— PROVISIONAL RELIEF AND SUMMARY PROCEEDINGS. Legal Terminology appeared to have caused some confusion with the provisional relief so replies to that questions were sparse. However, common law countries have a range of corresponding interlocutory remedies available in Equity such as Mareva injunctions (which prevent assets being removed from a jurisdiction), Anton Piller Orders (for the detention and preservation of the subject matter of a cause and any related documents) (Canada, pp. 10-11; England-Jolowicz, p. 12; NZ, p. 4) The US also has a range of injunctive devices, and provisional remedies such as attachment

and garnishment (US, p. 33). The Netherlands abolished the injunction to pay in 1991 and the *ordonnance sur requete* was reported to be unknown. Monetary claims are enforced through summary proceedings (Germany, p. 5; Netherlands, p. 19). Germany has a preliminary injunction or an attachment order (which can be issued *ex parte*), and an independent pre-trial proceeding which can secure proofs which risk being destroyed or lost, similar to common law discovery. It also has provisional execution orders which are appealable (Germany, p. 5).

**REASONED JUDGEMENT.** It is the norm for countries to have provisions prescribing reasoned judgements: constitutionally (Greece, p. 12; Italy-Comoglio, p. 34; Italy-Tarzia, p. 10; Netherlands, p. 20; Turkey, p. 26), legislatively (Germany, p. 5; Japan-Omura, p. 11) or by custom (England-Jolowicz, p. 12; Canada, p. 11; NZ, p. 4; US, p. 33; cf. England-Fentiman, p. 9). Some countries have short, concise judgements (Greece, pp. 13-14; Netherlands, p. 20), others often lengthy and detailed judgements (Canada, p. 11; Germany, p. 5; Italy-Comoglio, p. 34; NZ, p. 4) or some a mixture (Japan-Omura, p. 11; Turkey, p. 26).

**DISSENTING OPINIONS.** In common law countries, dissenting opinions are not uncommon, published along with the majority decisions, as too are opinions that concur with the majority but for different reasons (England-Jolowicz, p. 12; Canada, p. 11; NZ, p. 4; US, p. 33). The same applies to the decision of the Japanese Supreme Court, but dissenting or concurring opinions should not be shown in the lower court judgements (Japan-Omura, p. 11). In Germany, dissenting opinions are only allowed in the Federal Supreme Court (Germany, p. 5). No formal dissenting opinions are permitted in some countries and must be kept *in camera* (Austria, p. 17; Italy-Comoglio, p. 34; Italy-Tarzia, p. 10; Netherlands, p. 20). In Turkey dissenting opinions are rare, except in the Court of Cassation where they

are written below the majority decision (Turkey, p. 26).

As a general rule, social and economic factors cannot or do not play a part in the decision making process of judges in most jurisdictions. Turkey has strict constitutional provisions dealing with what should be contained in a decision which does not include any non-legal factors (Turkey, p. 26). In most jurisdictions, such factors are rarely included (Canada, p. 11; Germany, p. 5; Japan—Omura, p. 11; NZ, p. 4). Italian judges may when making a judgement on the merits of the case (Italy—Comoglio, p. 34)

**LEGAL FEES.** Most countries reporting having generally a loser-pays system (Australia—Smith, p. 8; England—Jolowicz, p. 12; Germany, p. 5; Italy—Tarzia, p. 9; Japan—Omura, p. 11; Netherlands, p. 21; NZ, p. 5; US, p. 33) although in Japan, the Netherlands and the US one pays for one's own lawyers fees. In addition, the US mentioned attorneys fees being recoverable where a claim has been found to be frivolous or vexatious. This is the case with other jurisdictions (e.g. Japan—Omura, p. 11).

**APPEAL (SECOND APPEAL).** Appellate systems existed without exception. Some jurisdictions have ordinary appeals usually only on questions of law ( NZ, p. 5; Sri Lanka, p. 9; Turkey, pp. 27–28; US, p. 34;) although issues of merit may be dealt with in some appellate cases (Canada, p. 11; Japan—Ishikawa et al. pp. 12–13; NZ, p. 5). Other jurisdictions allow the first appeal on questions of fact and law as of right (Germany, p. 5; Greece, p. 13; Italy—Comoglio, p. 35; Japan—Omura, p. 12). It is interesting to note that in the Netherlands, cassation is an ordinary means of recourse (Netherlands, pp. 21–22).

Extraordinary means of relief are allowed most often in situations where there had been a violation of procedural principles (Germany, p. 6; Japan—Omura, p. 12; Netherlands, pp. 21–22; Turkey, p. 28). Common law countries will allow appeals in basically similar situations such as where evidence has been im-

properly excluded, an error in proceedings and sometimes to hear new evidence (England—Jolowicz, p. 12; Canada, p. 11; US, p. 34).

In some jurisdictions, there are no appeal rights which do not belong to the parties, although third party intervention can occur (England—Jolowicz, p. 12; Canada, p. 11; Japan—Omura, p. 12; NZ, p. 5; US, p. 34). In some jurisdictions third parties who could be affected by a decision if they were not summoned to the original proceedings in some jurisdictions can appeal a decision (Greece, p. 14; Netherlands, p. 22). Public attorneys have appeal rights in certain circumstances in some countries (Germany, p. 6; Japan—Omura, p. 12).

**EXECUTION OF JUDGEMENT.** Most jurisdictions allow execution of judgements basically only in respect of property but can enforce orders against persons such as restraining orders, custody orders, etc (England—Jolowicz, p. 12; Germany p. 6; Japan—Omura, p. 12; NZ, p. 5; US, p. 35). The Netherlands only permits execution against property, although a debtor may be imprisoned to force payment (Netherlands, p. 23).

Execution is subject to judicial control in common law jurisdictions, failure to comply with a court order will result in contempt of court (Australia, p. 8; England—Jolowicz, p. 13; Canada, p. 12; NZ, p. 5; US, p. 35). In some jurisdictions where there is judicial control of execution, there are methods available to induce compliance such as prison terms, forced compliance or criminal sanctions (Germany, p. 6; Greece, p. 16; Turkey, p. 30). Some systems have no means of direct enforcement or sanction by the courts (Italy—Comoglio, p. 37; Netherlands, p. 23).

*E. Harmonization of Legal Families.*— There was a mixed response amongst national reporters regarding the merit in the traditional classifications of legal families, although the balance

swung towards those with a favorable view. One of the most commonly cited advantages to the current classifications is that it facilitates the harmonization within families and that one can more easily understand a country's legal system if one has a knowledge of the family to which it belongs. However such advantages are limited only as an initial sense of orientation. One commentator stated that current classifications do not reflect the changing orientation of legal systems in countries and regions with the political and societal orders (Germany, p. 6). Another pertinent comment is that traditional classifications do not encompass hybrid systems, and ignore the fact that many Far Eastern (and African) systems have strong western underpinning's (Japan—Omura, p. 13). Yet some are more cynical: Classification of legal families serves mainly scholarly interest. It has very little practical significance other than to facilitate learning about other legal systems (US, p. 35).

**HARMONIZATION AND UNIFICATION.** With respect to harmonization and unification, the comments were more strident. Many believed that harmonization was an admirable and somewhat achievable goal (Italy—Tarzia, additional report, p. 3). The European Union was quoted several times as a good example of how region harmonization of related systems can be a model for successful integration. Many reporters pointed out the difference between common law and civil law systems as being one of the greatest obstacles. One indicated the role of judicial decision as sources of law in the common law rather than evidence of the law as in civil law systems (US, p. 36). It could be pointed out in response that although *stare decisis* does not legally exist in civil law jurisdiction, a kind of *de facto* precedence does occur in many systems in practice. Others believe that principles such as the separation of powers doctrine and the role of the judiciary presented more of an obstacle than difference in procedure (Greece, p. 132; NZ, p. 6).

Unification was almost universally disparaged as a realistic

prospect. Harmonization was seen as a more practical and achievable goal. The role of international standards and rule making was cited as an effective way in which to facilitate harmonization. It is a way to experiment with formulae and structures that can serve as a model with which to aid harmonization between individual states.





### III LEGAL FAMILIES

A. *Historical Perspective.*— There is a large number of particular legal systems that have arisen over the course of history that have significance today. It may be practical to divide these legal systems into several main categories for reasons of both simplicity and clarity (cf. Italy—Comoglio, p. 3). These main groups are:

1. Common law family
2. German law family
3. French law family
4. Scandinavian law family
5. Socialist law family
6. Religious law family (Islamic law, Hindu law, etc.)
7. Far East/Asian law family.

Firstly, some observations are appropriate here. As it stands, the status of the socialist law family is highly uncertain. Due to the disintegration of the former Soviet Union and the westernization of many Eastern European countries which are seeking to modernise their legal systems to facilitate entry into the European community, the presence of the socialist law systems is markedly weakening. It is indeed a moot point whether those countries will over time become members of the European civil law tradition. Developments which will need to be further monitored are the increasing power of judges and intervention by public prosecutors in these systems. In addition to this, it remains to be seen whether a common concept of procedural

systems and the independence of the judiciary will be formulated in formerly socialist legal systems. Secondly, with respect to countries belonging to the religious law category, there is a lack of adequate information regarding these countries in the national reports to be able to make a substantive analysis. This is an issue which will need to be canvassed in the future.

B. *Some Features of Legal Families in Procedural Law.*— In the area of comparative law, academic investigation of legal families has traditionally been made in the context of substantive law, especially by private law experts. There is however a distinct scarcity of such research done in the field of procedural law (9). Perhaps in our field we should consider using another approach. First, there are four main ideals shared by most countries that can be attributed to the increase in uniformity in procedural law which are: that the “correct” decision be made, that the decision that is made be impartial, that the process of coming to the decision be as inexpensive as possible and finally that the decision making process be as speedy as possible. In the world today there is a great deal of commonality between different legal families to the extent that the notion of legal families is some what of a definitional chimera.

Secondly, the principle of constitutional proceduralism is becoming important, e.g., access to justice, fairness of judicial procedure, independence of the judiciary etc. The aim of such constitutional provisions with regard to procedural matters is to ensure that the rights of the parties are adequately protected.

However there exists a third realm of factors which may vary or limit the extent of commonality in the form of public policy as to the participation of lay persons in the judicial process, the role of the judge etc. When classifying legal systems for

---

(9) However there are a few exceptions, see MAURO CAPPELLETTI and BRYANT GARTH, *Civil Procedure, International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XVI (1987).

the purpose of sorting them into legal families, these factors should be dealt with carefully.

C. *The Utility of Legal Family Classification.*— There can be seen in the four legal systems that are classed as the “western” legal systems, that is those of Western Europe and Anglo-Saxon countries, a trend of their getting closer. However using the term “western” law can be somewhat misleading. There has traditionally existed a dichotomy between western and eastern systems of law when involved in comparative legal discourse, but this has proved to be dubious classification since western legal systems have been transplanted into Asia, the Far East and Africa (i.e. German & American law in Japan and Korea, French law in Africa etc.). As a result, the difference between legal families is diminishing. If one includes Asia and Africa in the equation, it becomes difficult to delineate legal families. Thus in examining any legal system, its family is but one factor to be considered, along with political, social, cultural and historical factors. It could be tempting to say that legal family classification is misleading and unproductive, that it has no significant meaning. Even in the same family there may exist considerable differences, such as the common law family where the differences between member countries are getting more pronounced. American law tends to be independent from the United Kingdom, as too are the legal systems of Australia and New Zealand. Again, amongst siblings in the “Far East family”, differences can be discerned. Korea tends to develop independently from Japan, as evidenced by the former’s decision to create a special Constitutional Court, replacing the existing US style Supreme Court. It is probable that similar examples could be found in the African context.

Nevertheless it can be sensibly said that, despite the traps and pitfalls that accompany the traditional epistemology, there is still room for examining legal systems in the context of the fam-

ily to which they belong (Austria, p. 18; France, p. 15; cf. Italy—Comoglio, p. 18).

1. *Avoiding International Misunderstandings.*— Unlike the relative ease with which one can define phenomena in areas such as economic and medical science, definitions in a legal context can be surprisingly difficult. In the current age of internationalization, unless one takes considerable care with definitions, accurate and coherent communication is difficult and misunderstandings are commonplace (Netherlands, p. 24; Sweden, conclusion). For example, in international arbitration, the procedure is a mixture of different systems and practices. Any misunderstanding in this context can be quite harmful to the parties involved. It is therefore important that lawyers possess sufficient understanding of the differences in the sources and backgrounds of the rules that they are applying. In a practical dimension, there is an increasing occurrence of lawyers practising in foreign jurisdictions, leading to a cross-over in legal experiences. In situations such as joint ventures one can find instances where there is a combination of several legal systems in one contractual scheme. It is getting increasingly important that lawyers be aware of the relativity involved in legal definitions and terminology by studying at least one law from a different legal family.

2. *Crossfertilization of procedures.*— In every legal family, the purpose of the law is the same, its function is more or less the same, but the method of applying and implementing it can vary greatly and have different side-effects. If we engage in the study of other legal systems, it facilitates the crossfertilization of legal ideas. If we examine countries where legal systems have been transplanted into another country en bloc, it can be seen that there will usually be a certain amount of cultural resistance, but

such psychological resistance tends to decrease with time. Experience shows that if similar conditions come to exist in the host country, foreign legal devices can be implanted if one is prepared to be patient in allowing sufficient time for them to settle in and is not too hasty in making judgments (see above IC).

In the case of the crossfertilisation of legal systems, the comparative study of procedure and legal families is becoming increasingly important to aid in the harmonization of legal systems and the creation of a practical international standard. To avoid confusion, coherent methodologies and terminologies must be enlisted to serve as the medium to interpret data and formulate theories since comparative analysis is a prerequisite to discovering what works and what does not. In order to achieve this goal, we need to seek help from other areas such as the sociology of law to examine the substance of different legal families and the interplay between that and the context in which the law exists.

3. *Helping Public Policy Makers.*— Even if there exist various movements within and between legal families, on a holistic approach it can be noted that the prevailing trend is one of increasing similarity rather than difference. The cultural element of a legal system seems to be less of a ponderous influence. Nevertheless, the issue of public policy is gaining importance.

Many countries have serious contemporary problems in relation to their legal systems. In order to find a solution to these problems, it is important to conduct a careful study of public policy questions in an attempt to ascertain what kinds of law-making are the most desirable to produce a just society. Each country's legal system is far from its own ideals. In a sense, a legal experiment is necessary to find a way to achieve this goal (Turkey, pp. 32, 33).

The formulation of public policy is made more difficult by the different social and historical backgrounds involved and it

involves a wide range of choices for the makers. There needs to be found a better theoretical standard so we have to think about procedural principles or perhaps other models for comparison.

4. *Need for a perspective of wholeness.*— In order to engage in meaningful dialogue, we need to overcome the compartmentalization of fields and to look at legal systems as a whole. This entails a more comprehensive legal policy study for which the global perspective of the classification of legal families is a good starting point to regain a perspective of wholeness. Of course as many of the national reports pointed out (Austria, p. 18; Canada, p. 12; France, p. 16; Germany, p. 7; Greece, p. 17; Italy-Cornoglio, p. 18 US, p. 36) the unification of civil procedure may be a very doubtful proposition, some commentators saying such a goal is not a good thing, while others maintain that it is impossible, with the notable exception of South America. The general consensus with respect to the idea of global unification may be negative, but among countries which share a common background, such a goal remains a plausible possibility in the form of regionalism in such places as North America, the European Union etc. (Netherlands, p. 25; Italy, p. 38).

5. *Preventing Parties from Suffering from Contradictory Procedures.*— Most of the sentiments expressed in the national reports acknowledge the importance of some kind of effort to at least harmonise legal systems (Australia-Taylor, p. 9, Germany, p. 7; Greece, p. 14; Italy-Tarzia, p. 38; Japan-Omura, p. 14; New Zealand, pp. 6-7). There is a manifest need for this at the international level in procedures such as flexible schemes to protect parties from "fatal blows". For example in the international jurisdiction rather than dismiss a case on a technicality, it would be more equitable to allow for a stay in the proceedings or to dismiss the case conditionally, and if the other jurisdiction

does not accept that, then the case can come back to be resolved. An example of this is the flexible attitude found in the US regarding forum non-convenience (England-Fentiman, pp. 6,7). Another relevant example is the mechanism found in international arbitration where parties have the freedom to decide on the procedure that is to be applied. In allowing parties the flexibility to agree on mutually acceptable norms, there is a higher possibility of cooperation and lower degree of conflict. This idea is neatly summed up by the maxim where there's a will, there's a way.





## IV

### COMPARATIVE STUDY IN THE CONTEXT OF JUDICIAL LAW

A. *Need for a Broader Approach.*— In the comparative analysis of procedure and court systems, it might be necessary to take a broader view or approach than is usually taken when dealing with issues of substantive law. At least four aspects need to be considered (10):

1. Civil Procedure and Related Law
2. Courts, Judges and Lawyers.

The legal process is largely determined by the law of civil procedure. However careful attention should be paid to the mechanism in changing judicial administration. Certainly the power of judges and the power of lawyers have to be considered to put some light on the reality of the judicial process.

3. The Legal Profession in Action—Looking at the Reality.

In addition to the purely structural aspect of the legal process, the functional dynamics which are at play behind the formal institutions need to be examined. These include the number of judges and lawyers, the education of the legal profession, the number of quasi-legal and paralegal personnel, standard of ethics etc. (cf. NZ, p. 1). These are decisive factors in reality concerning the rule of law in each country. Also, there is a certain amount of correlation between the incidence of litigation and

---

(10) Legal system must be analyzed through the practical realities (living process) as distinct from the verbal formulation of legal values as such, (Italy-COMOGGIO, p. 2).

the number of lawyers and judges. Care must be taken with this however, as the number of lawyers is not an absolute factor in the litigious equation, since the availability and form of ADR etc. can have a direct bearing by providing alternative remedies to litigation. There is also some linkage to the attitudes and behavior of lawyers with respect to ADR.

#### 4. Parties Attitudes and Legal Consciousness.

This is a subtle issue as it contains the highly subjective element of culture. Japan presents itself as an appropriate case-study on this point. It is a country with a relatively low litigation rate (less than countries like the US and Germany, but higher than Denmark and Sweden for example (11)). There are several theories as to why Japan has such a relatively low rate of litigation (Japan—Ishikawa et al., pp. 22–25).

**THE CULTURE THEORY.** This is based on the premise that the Japanese have a cultural aversion to litigation. In a society that favors consensus and harmony that is derived from a low legal consciousness or feudalistic mentality, litigation is used as a last resort as it is seen as a form of aggressively individualistic dispute resolution that leads to a disruption of social relations.

This explanation once prevailed but has recently become less plausible. Subsequently support for it is decreasing. The reason for this is that in the last fifty years there has been rapid change in Japanese society, nonetheless there is not a marked increase in the level of litigation. Although in Japan today, education levels are higher and people have a higher degree of financial resources and legal knowledge, there is still a reluctance to litigate.

**THE INEFFICIENT JUDICIARY THEORY.** The second theory is in effect related to the courts, namely that the filing fee is not

---

(11) See TAKESHI KOJIMA, *Dispute Resolution Systems and Legal Culture*, in the Editorial Board of the ISCJ (ed.), *The International Symposium on Civil Justice in the Era of Globalization* 508 (1992).

small, litigation is not speedy, lawyers are inaccessible and lawyers fees are both expensive and unclear. Given such a situation, the litigation rate is only a result of rational choice mainly based on a cost/benefit analysis. These structural barriers are, certainly, not impossible to overcome by legislative measures. However, these issues have never been taken up by the legislative body (the Diet) and there has never been any popular impetus to solve them. Although this is a good explanation, it does not sufficiently explain the low litigation rate. This introduces the possibility of a third explanation.

**THE MULTI-LAYERED FACTORS THEORY.** The fact that governmental inaction in making the judicial mechanism more efficient has been tolerated does not permit us to disregard cultural elements. I tend to agree with this third theory. Several levels of factors are interrelated and reinforce each other, namely: i) culture (homogenous culture vs multi-cultural, static population vs transient population, ii) inefficient judicial mechanisms and over-protective public administration, iii) gap between transplanted law and indigenous sense of justice, iv) limited number of legal human resources, v) inadequate access to the courts and inefficient procedure. This understanding does not necessarily lead to cultural determinism. The change is in part interrelated to others (circle effect). In this sense, judicial reform would be meaningful e.g. in Japan, the proposal to increase the number of lawyers will potentially affect the working of the present system to a considerable extent. This is why the proposal has evoked social controversy (12).

B. *Newly Emerging Trends in Procedure.*— Certainly there are different systems in different countries as described in the Na-

---

(12) See MASANOBU KATO, *The Role of Lawyers in Japan and the United States*, 1989. BRIHAM YOUNG Univ. L. Rev. 683. Cf. J. HALEY, *The Myth of the Reluctant Litigant*. 4 *Journal of Japanese Studies* 362 (1978).

tional Reports. However there are still elements amongst those systems which are converging, that is common standards and principles such as fair procedure, impartiality of the judge and the independence of the court from the state and other branches of government. Another factor that can be noticed as contributing to this convergence is that in many countries, the scope of judges, discretion and the parties' self-determination are becoming broader in procedure (i.e. self-regulation). The effect of this is that each peculiar national policy is sublimated to the general goals or purpose of the judicial process.

There is also an important change in the type of ADR used in different jurisdictions. Countries like Germany favor litigation, whereas Japan has a preference for mediation. The US is tending to evolve towards the use of ADR both in court and out of court. In turn, the significance of this needs to be examined with respect to the common themes that can be extrapolated. The role of ADR in any event is expanding, which has important implications in four respects and may be cited in its advantages over litigious methods:

1. Informalization.
2. Deprofessionalization – lawyers control is being diminished while parties have a stronger part in the resolution process.
3. Delegalization – in dispute resolution, legal standards of substantive law are not strictly enforced and are modified by equitable considerations.
4. Privatization – while litigation is a public process, ADR can be court annexed and controlled but is private in its fundamental nature.

Given such features of ADR, the increase of the relative importance of ADR will make dispute resolution processes more similar. In this context, a theoretical distinction must be made so that the roles of law and litigation are separated. To achieve legal redress it isn't necessary to go to court. ADR is not merely a compromise since legal standards can still be observed. However if it is not to the liking of some people, depending on

one's preferred method, a personalized justice (preferred justice) can be achieved (13). In view of the importance of ADR, implications surrounding the emergence of ADR should be examined briefly.

1. *Changing Philosophy.*— If it is possible and reasonable, tension and conflict between parties should be lessened and more peaceful processes are preferable. In the context of ADR, the desire to live and work in a more harmonious and cooperative fashion might be suggestive of a general change of attitude and philosophy with respect to dispute resolution.

2. *Change in the Perception of Disputes.*— The meaning of a dispute should be re-examined. There is no clear delineation of black and white, just and unjust, right and wrong in many cases. It is quite often simply a matter of misunderstanding or difference of perception. Such a difference can be solved by both sides by listening attentively, ascertaining what the differences actually are and hence what the dispute is really about, then searching for a way to achieve both parties' goals at the same time (this is often referred to as an integrated solution or a win/win situation).

3. *Innovative and More Responsive Law.*— It is paramount in any dispute resolution to observe the situation very carefully and introduce new ideas in light of changing social conditions and environment. This involves experimentation with new devices which in turn involves a positive attitude to innovation in the law.

---

(13) TAKESHI KOJIMA, *A Planetary System of Justice—Conceptualising the Relationship Between Litigation and ADR, Studi in Onore di V. Denti*, Vol. 1 (1994) at 449–466.

4. *Expanding Role of the Lawyer.*— It is readily observed that the responsibility of the lawyer is expanding. Lawyers work not only in the area of litigation and direct negotiation, but also have to work in ADR. Further, more preventative measures need to be considered including prophylactic mechanisms (e.g. arbitration clauses in contracts). Some countries have achieved this to a greater extent, especially common law lawyers who have traditionally had a broader scope of professional activity. Other countries should endeavor to achieve a similar goal e.g. legal planning or strategy.

A further aspect of the expanding role of lawyers is the fact that lawyers are no longer confined to working in a particularity country due to their increasing participation on a transnational and international level. As a result, working and thinking methods need to be innovated, as lawyers need to understand not only the essential parts of another country's law, but also to have the ability to coordinate and harmonize the elements of those conflicting laws in the best interests of the client.

5. *Higher Expectations of Lawyers.*— Lawyers' responsibility is greater out of court where there are no judges to oversee the process. Of course lawyers work for a particular client, but there is a public dimension in that they contribute in doing so to justice and the public interest. As the 3-dimensional expansion of legal solutions advances, there will be a greater need for some countries to increase the number of lawyers in their jurisdictions. What actually is the optimum number of lawyers is a moot point. As can be seen from the statistics, the number of lawyers in the US is around 800,000, yet in Japan, with half the population of the US, there are only around 15,000 (14). Maybe the

---

(14) The following statistics on the ratio of lawyers per head of population may be rather dated, but they are still informative. Number of people per lawyers: US 613, UK 1398, Germany (West) 1970, France 6263, Japan 9970. 700 Jurist 206 (1979). It is worth noting that Asian countries are changing their attitudes. For ex-

reasonable figure is somewhere in between. Despite the lack of certainty regarding the optimum number of lawyers, one thing is clear, whether universal access to justice is guaranteed or not is the critical determinative factor.

C. *Modes of Thought*.— Adequate attention has to be paid to legal reasoning. This affects the work of judges and lawyers. In this globalised and rapidly changing world, the legal profession needs to keep pace with this process of change. This leads to the question as to what method of legal thinking is most suitable. Courts are expected to be more creative in this context. In fact, transparency as well as creativity needs to be achieved. By using the case method we can advance step by step, making the process more visible. Especially in the era of globalisation, pragmatic legal thinking would be equally effective as logical system-based thinking.

---

ample, in the near future, China plans to increase the number of lawyers up to 150,000; Korea up 2,000 annually from 290 at present. In Japan a similar trend is visible.





## COMMON EFFORT TO HARMONIZE THE LEGAL PROCESS

A. *The Emergence of an International Legal Service.*— As a result of internationalization, major cities such as New York, London, Paris, Frankfurt and Tokyo have many foreign lawyers working together and thus the law of many countries is utilized. This has been referred to as “a city of Multiple Laws”. This world market of lawyers is mostly in the arena of preventative law, e.g. negotiation and drafting contracts. It even extends to dispute resolution where local and foreign lawyers cooperate in international teamwork. However since each country has its own judicial procedure and lawyers come from different legal families, harmful side-effects can arise from these differences if those differences are untamed, most notably in the area of conflict of jurisdiction. However, if broad-minded flexible international legal services are developed, this should and can enrich law and procedure.

Given such situations, unification is not practicable, but at least the goal of harmonization can be realized. Towards that goal, lawyers and policy makers should have some long standing mechanism to promote international dialogue. Furthermore, legal education needs to be reformed. In the medieval world, Bologna worked as a regional forum for disseminating legal ideas and influencing the intellectual domain in many spheres. Presently there are universities with an international bent in places like the US and the UK. Educating students with an eye to foreign law will bring out flexibility and open mindedness in law-

yers activity. If such consciousness of an international legal world is created, lawyers will find it easier to understand foreign institutions, they will trust each other more easily, and rational dialogue among them will cultivate more innovative thinking.

B. *A Worldwide Procedural Model.*— A cohesive intellectual and theoretical framework which facilitates policy makers in thinking about their own systems is required. In continuing international efforts, discussion of legal families opens our eyes to the rich diversity of courts and procedure and is a good starting point to provoke creative thinking (cf. England-Jolowicz, p. 19, 20).

To this end, there may be a need for some theory more universal which extends beyond the traditional boundaries imposed by the classification of judicial families. Rather than being bound by particularities created by historical cultural and political idiosyncrasies, we should look to the elemental essential features of legal systems. It is worth noting that four models for classifying judicial systems have been proposed, namely (15): Hierarchical court and policy implementing model (I) i.e. socialist countries; Hierarchical court and dispute solving model (II) i.e. continental countries; Coordinating court and dispute resolving model (III) i.e. common law countries; Coordinating court and policy implementing model (IV).

In this report, it will be useful to divide court and procedure into two mainstream patterns which correspond more or less to models II and III.

---

(15) MIRJAN DAMASKA, *Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to Legal Process* (1986).

Model II	Model III
<i>Judges</i>	<i>Judges</i>
Career bureaucrat	Selected from lawyers
Specialist	Generalist
Routinisation, uniformity	
Vertical relation between official and private consistency	Horizontal relation between official and private
	More discretion, equity
<i>Procedure</i>	<i>Procedure</i>
Result oriented	Process orientated
Documented submission	Orality, live
Piecemeal, discontinuous trial	Concentrated continuous trial
Procedural activity monopolized by court	Procedural activity shared by private agents
Judicial initiative, neutral expert	Adversarial, partisan expert
Examination by judge	Cross-examination by parties
<i>Technical standards</i>	<i>Technical standards</i>
Technocracy	Substantive justice, fairness
Logical legalism	Pragmatic legalism
Active review by higher courts	Limited review by higher courts
<i>Judgement</i>	<i>Judgement</i>
Truth-searching	Dispute solving
Limited effect of the judgement	Broad effect of the judgement
Unstable	Stable
A curia	Dissenting opinions

These patterns are not to be seen as absolutes. There is a constant flow of movements in between (cf. England—Fentiman, p. 25). In a modern, democratic society often a move towards an adversarial pattern is more visible. For example, Japan belongs to a hierarchical judiciary and dispute resolution pattern. The hierarchical elements can be mitigated, which is currently under examination e.g. in Japan. Steps that have been taken to attempt this are encouraging more practising lawyers to become judges and allowing the existence of part-time judges so that more lawyers would be willing to serve as judges which would also reduce the bureaucratic nature of the judiciary. Also, dissenting opinions are permitted in the Supreme Court, although not in any of the lower courts. In the future it may be beneficial to allow dissenting opinions in lower courts. Procedures that were put into place include allowing the cross-examination of witnesses in trials and abolishing the power of the court to call witnesses at its own initiative. This introduces a more adversarial system. In the other direction, in the common law family, some movements are emerging such as making expert witnesses neutral and allowing a more active role for judges in judicial administration (16).

It is therefore possible to adapt ideas from both sides. In doing so we must look at the whole picture. Otherwise different elements may collide with each other and disrupt the administration of justice. From such a viewpoint we should carefully observe and learn from the mixed procedures of international arbitration where it is possible to experiment at the discretion of the arbitrator and the parties' choice.

---

(16) E.g., tribunalization in the UK and Australia draws nearly on European models, although it is only ever acknowledged obliquely (Australia—TAYLOR, p. 7).

## VI

### CONCLUSIONS

The mega-trend appears to be towards model III, which in turn is picking up elements from model II. It appears to me that this is the preferred trend since adversarial procedures seem to produce more procedural guarantees, encouraging meaningful dialogue and the decisions are more neutral and less biased. Looking at the national reports, it is possible to see this phenomenon. Model I is declining rapidly, and model IV is interesting though its position in the general framework is not clear.

The selection of a procedural model reflects the structure and policy of national governments which is an area beyond the ambit of this report. If one gets caught up in that discussion, one can quickly be dragged into complex political and ideological controversy.

These theoretical models or patterns correspond to the classification of legal families to a large extent. Legal families are still viable (cf. England-Jolowicz, p. 2). However, in comparing various judicial systems, the reality of the legal profession and the relative importance of ADR should be examined beyond the traditional concept of legal families.

The role and structure of the legal profession is an especially critical factor such as the number of lawyers, the standards which govern them and how they practice. At one end of the spectrum is a multiple professional structure, at the other is a unitary professional structure (NZ, pp. 1, 2). An example of the former system is Japan where practising lawyers usually invest most of their time in litigation, in fact most of their work is comprised of major litigation. Smaller cases tend to be often

solved by direct negotiation by the parties themselves and pro se litigation, although to some extent lawyers are involved. Further, ADR tends to limit the role of lawyers with the parties playing a greater role. The parties in these cases also have a greater say in the procedural and substantive aspects of disputes.

In Japan, the number of lawyers is limited which has produced a range of legal specialists who perform quasi-lawyer roles (Japan--Omura, p. 14; cf. Japan--Ishikawa et al., p. 10). There are around 15 thousand judicial scriveners (*shihoushoshi*) who perform conveyances, registration of land transfers, and draft documents to be submitted to courts (mainly in summary courts). There are also around 35,000 administrative scriveners (*gyouseishoshi*) who are specialists who prepare documents to be submitted to the public administration in the processing of applications for administrative approval. Some documents are quite simple, such as renewal of drivers licences, others more complicated such as obtaining permission to open an industrial waste disposal business or immigration matters etc. This is done partly for the sake of efficiency in public administration, being routine rather than legal in nature. There is also a category of tax specialists (*zeirishi*) who prepare tax returns who number around 20,000. They know the practical standards and work efficiently. If difficult tax issues arise, lawyers may intervene and representation of the client in litigation is monopolised by lawyers. Many people do not like to deal with the tax authorities so they act as an intermediary. The features which are common to these types of specialists is that they are mostly involved in standardised, routine forms of work with set fees. They are fairly accessible to ordinary people.

There are also *de facto* legal specialists such as in-house legal staff in companies as most major companies have their own legal department. Apart from rare exceptions these specialists have no practising certificate as lawyers. They mainly receive their training on the job, however their skills are often equal to lawyers as far as preventive law is concerned since their mains

tasks highly specialized. Some of them are sent to foreign institutions, mostly US law schools. This type of activity is not prohibited by the Lawyers (Art. 72) as their sole client is their employer and they have no general public duty.

Practising lawyers have a broad scope of power, but which is in practice limited by the preference of the client and the type of case involved. As a result the activities of lawyers are limited in practice. Such a system corresponds to undergraduate legal education which has a variety of roles. Only a few graduates study by themselves or in cramming school for several years after their degree in order to complete the bar exam; some go to corporate legal departments, some become legal specialists but a majority of graduates work for companies as business men or women, or for central or local governments. This structure is instrumental in decreasing the volume of litigation by making a case correspond to a profession. However there is a detrimental side-effect of this system since the legal issues rarely surface and there is a distinct scarcity of legal precedent so that the law is not clarified.

As opposed to the multiple structure systems most western countries belong to a unitary model. However some countries like France, Italy, the UK and Australia have a division of the profession (solicitors/barristers, *avocats/avoués*) which is declining in its importance. The US and Germany have a large number of lawyers who are integrated into the profession. Certainly, a multiple system is less expensive and there is less litigation. It is fairly flexible and is more suited to diversification of cases. However, there are drawbacks to this system which cannot be overlooked. An ultimate answer will be available when a close observation of social reality has been completed.

In order to conduct a meaningful comparison between each country's judicial law as stated previously, a broader approach is necessary. Taking up this point, I would like to put forward a theoretical framework for comparing law.

In today's world where the globalization of socio-econo-

mics is conspicuous, it can be seen that there exists a constant interchange between legal families. The diagram below presents a general framework:

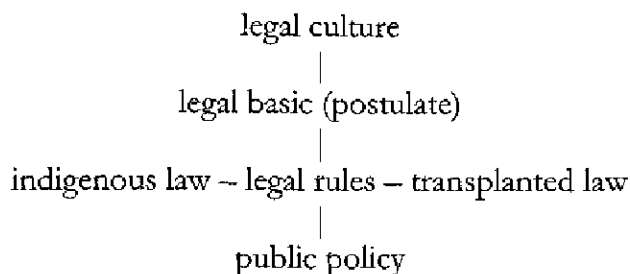


Diagram (17) illustrates the basic elements that belong to the field of judicial law. Legal culture and public policy both have an effect on law from different directions. Furthermore, peculiarities are rich in legal culture. In comparison to this, universality appears more strongly in public policy, since all public policy is decided on an individual country's political choice.

At any rate, the substance of the law are to large extent to controlled by lawyers. In addition, the degree of flexibility in the law differs greatly depending on post facto dispute resolution or preventive law. A law articulated in rules, only represents the objective side of the legal system, and varies greatly in accordance with interpretation and application by lawyers, namely subjective side (18). The degree of change is the greatest in ADR, and especially mediation. Regarding this function of mediation it is necessary to point out that there are a micro and

---

(17) For a discussion of "legal postulate", see MASAJI CHIBA (ed.), *Asian Indigenous Law: In Interaction with received law* 351 (1986).

(18) In relation to how transplanted law should be settled, the study of academic lawyers working on legal interpretation is useful. Cf ZENTARO KITAGAWA, *Rezeption und Fortbindung des Europäischen Zivilrechts in Japan* (1979), JOHN H. WIGMORE, *Panorama of the Worlds Legal Systems* 1129 (1936).



macro function. Micro function is evident in dispute resolution predicated on the application of existing law. This is the usual pattern within the province of indigenous law. On the other hand, the macro function contains the aspect of the modification of existing law in accordance with legal culture and the legal postulate, which can be said to happen a lot in transplanted law.

In the day to day life of lawyers, the law is something that is always being realized. This type of dynamism is something that is already planned in the nature and substance of law. When taking hold of the law in the middle of this type of holistic framework, it can be well understood that legal families are not fixed, but are things which are constantly changing. Today, where the obstacle of national boundaries is lessening, it is easy to see the gap between traditional legal families and the current judicial country of each system. Therefore it may come about that the benefits of the classification of legal families which can point us to the original position will become even larger. When we think about what shape the law of the future should take, legal family discourse will be a useful means of assistance in making policy choices.



AZMY A. ATEIA

LE REGROUPEMENT  
DES FAMILLES JURIDIQUES  
EN DROIT JUDICIAIRE



## INTRODUCTION

Il est bien connu que les familles juridiques sont les suivantes: familles Romano-Germanique, famille de common law, famille des Droits socialistes, famille de Droit musulman, famille de l'extrême orient, et d'autre familles, et cela selon la classification de René David.

Ces classifications de familles juridiques expriment, en effet, des réalités idéologiques, politiques, économiques, historiques, géographiques, et religieuses, cependant, on a trouvé que l'évolution de facteurs politiques et géographiques, idéologiques abouti à la question suivante:

Est-ce que ces classifications sont valables jusqu'à aujourd'hui, ou faut-il chercher le regroupement des familles juridiques?

Sans aucun doute, chaque famille juridique, parmi ces familles, se caractérise, en ce qui concerne la procédure civile, par des caractères spécifiques:

Par exemple, la famille de common law se caractérise par: l'existence du système de jury, un système spécial concernant la formation des tribunaux et la nomination des juges, le rôle passif du juge en ce qui concerne les moyens de preuves, l'existence d'un système spécial de la motivation des jugements et les voies de recours, et le système de l'exécution forcée, etc.

Alors que la famille des pays socialistes se caractérise par: le rôle actif du juge, le rôle important du pouvoir exécutif ainsi que du Ministère public en ce qui concerne le procès civil, et le modeste rôle des avocats, et l'arbitrage joue un rôle indéniable, et la

motivation des jugements n'est pas obligatoire (imposée) en général, etc.

De même, la famille juridique Romano-Germanique se caractérise par: l'indépendance du juge, l'existence d'un système spécial en ce qui concerne les avocats, l'existence de la règle du double degré de juridiction; le rôle actif relatif du juge en ce qui concerne le procès civil, etc.

Cependant, et malgré ces différences entre les familles juridiques, il existe une influence réciproque entre ces familles juridiques, et cela était un résultat naturel de l'évolution politique, et l'augmentation des moyens de communication, et du commerce international. Et, la question qui se pose est de savoir s'il est possible d'unifier les familles juridiques dans une seule famille unique (l'unification), et si la réponse était négative, une autre question se pose: est-ce qu'il est possible d'harmoniser, (l'harmonisation) ces familles, c'est-à-dire qu'on unifie les principes fondamentaux, et on laisse les détails à chaque Etat selon leurs traditions.

Ainsi, il est nécessaire de chercher les moyens par lesquels on peut arriver à l'unification ou à l'harmonisation (le but de notre travail), et même, nous pouvons nous demander, est-ce que les organismes, les organisations, et les associations scientifiques, (comme l'Association internationale de Droit judiciaire), peuvent jouer un rôle important dans ce domaine international?

Avant de répondre à cette question, il est nécessaire de faire une étude comparative entre les législations appartenant aux différentes familles juridiques, et nous avons trouvé cette étude dans les rapports nationaux présentés, et qui contiennent la position de législateur, la doctrine et la jurisprudence dans chaque Etat.

Il est important de signaler que ces rapports nationaux, nous a aidé à montrer les points communs et les points de différences entre les familles juridiques. Et nous avons pu, ainsi, montrer les opinions et les preuves, des opposants et partisans, à l'unification ou à l'harmonisation.

## PLAN

On divise notre étude en deux parties:

PREMIÈRE PARTIE: Etude comparée des principes généraux dans les familles juridiques en droit judiciaire.

DEUXIÈME PARTIE: La possibilité de regroupement des familles juridiques en un seul groupe ou en plusieurs groupes.





**PREMIÈRE PARTIE**  
**ETUDE COMPAREE DES PRINCIPES GENERAUX**  
**DANS LES FAMILLES JURIDIQUES**  
**EN DROIT JUDICIAIRE**

Cette partie comporte trois chapitres qui sont les suivants:

- PREMIER CHAPITRE: L'ORGANISATION JUDICIAIRE**  
**DEUXIÈME CHAPITRE: L'ACTION ET L'INSTANCE**  
**TROISIÈME CHAPITRE: LES JUGEMENTS ET L'EXÉCU-**  
**TION FORCÉE**



## PREMIER CHAPITRE

### L'ORGANISATION JUDICIAIRE

On divise ce chapitre en quatre sections:

- Les tribunaux
- Les magistrats
- Les auxiliaires justice
- Les systèmes de justice alternatifs

SECTION I. *Les tribunaux.*— Nous allons examiner successivement sous trois sous-sections. Première sous-section, la hiérarchie des tribunaux. Deuxième sous section, les tribunaux spéciaux. Troisième sous section, juridiction administrative et constitutionnelle.

Sous-section 1. *La hiérarchie des tribunaux.*— La règle dans la majorité des lois des procédures civiles est double degré de juridiction. On peut dire que c'est une règle universelle. On trouve ce principe en France, Pologne, Yougoslavie, Belgique, Uruguay, Suède, Pays-Bas, Canada, Japon, Etats Unis, Grèce, et l'Égypte (1).

---

(1) RAYMOND MARTIN, *Rapport national de France*, p. 2; TADEUSZ ERECINSKI, *Rapport national de Pologne*, p. 6; MIECZYSTAW SAWCZUK, *Rapport national de Pologne*, pp. zet 4; VESNA RAKIC-VODINELIC, *Rapport national de Yougoslavie*, p. 7; ERNEST KRINGS, *Rapport national de Belge*, p. 2; G-CLOSSET-MARCHAL, *Rapport national de Belge*, pp. 4 et 7; ADOLFO GELSI, BIDART, *Rapport national d'Uruguay*, p. 3, KENRIQUE VESCOVI, JAIME GREIF ET GRACIELA BARCELONA, *Rapport*

Cependant, dans quelques pays, il existe trois degrés de juridiction, comme en Hongrie, Nouvelle Zélande et en Angleterre (2) Par contre, il n'existe qu'un seul degré de juridiction en Turquie (3). Normalement, la forme de l'état; unitaire, ou fédéral ou confédéral a une influence sur l'organisation judiciaire (4). On constate que la règle dans toutes les familles juridiques est le double degré de juridiction.

Sous-section 2. *Les Tribunaux Spéciaux (ou juridiction d'exception)*.— On trouve la notion de tribunaux spéciaux dans presque tous les pays quelle que soit la famille juridique. Les juridictions du travail (Conseil des Prud'hommes) se trouvent en France, au Brésil, en Hongrie, en Belgique, Uruguay, Suède, Turquie, Hong Kong, et Allemagne (5).

Il y a également des tribunaux commerciaux en France, Yougoslavie, Belgique, Uruguay, Nouvelle Zélande, Turquie, Ecosse et Angleterre (6).

---

*national d'Uruguay*, pp. 5 et 6; ANDERS BRUZELIUS, *Rapport national de Suède*, pp. 2 et 3; ANTONIUS I.M. VAN MIERLO, *Rapport national de Pays-Bas*, p. 5; H-PATRICK GLENN, *Rapport national de Canada*, pp. 5 et 6; MASAHIKO OMURA, *Rapport national de Japon*, p. 4; R.C. CASAD, *Rapport national des Etats Unis*, pp. 17 et 19; DIMITRIS MANIOTIS, *Rapport national de Grèce*, p. 2; ALI EL-HADIDI, *Rapport national d'Egypte*, p. 2.

(2) LASZLO GASPARDY, *Rapport national d'Hongrie*, p. 2; A.H. ANGELO, *Rapport national de New Zealand*, p. 1; ESIN ORUCU, *Rapport national d'Angleterre*, p. 5; J.A. JOLOWICZ, *Rapport national d'Angleterre*, p. 10; et *Pologne avant 1939*, V. ERECINSKI, *op. cit.*, p. 6.

(3) ERGUN OZSUNAY, *Rapport national de Turquie*, pp. 4 et 7.

(4) CASAD, *op. cit.*, pp. 17 et 19 GLENN, *op. cit.*, pp. 5 et 6, GALENO LACERDA, *Rapport national de Brésil*, p. 6.

(5) MARTIN, *op. cit.*, p. 3; LACERDA, *op. cit.*, pp. 7 et 8; GASPARDY, *op. cit.*, p. 3; MARCHAL, *op. cit.*, p. 5; BIDART, *op. cit.*, pp. 4 et 5; VESCOVI ET LES AUTRES, *op. cit.*, p. 7; BRUZELIUS, *op. cit.*, p. 3; OZSUNAY, *op. cit.*, pp. 6 et 7; KATHERINE LYNCH, *Rapport national de Hong Kong*, pp. 13 et 14; HERALD KOCH, *Rapport national d'Allemagne*, p. 2; ALI EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 4.

(6) MARTIN, *op. cit.*, p. 3; VODINELIC, *op. cit.*, pp. 8 et 9; MARCHAL, *op. cit.*, p. 5; BIDART, *op. cit.*, pp. 4 et 5; ANGELO, *op. cit.*, p. 1; OZSUNAY, *op. cit.*, pp. 6 et 7; ESIN ORUCU, *Rapport national de Scotland*, p. 17; ORUCU, *Rapport anglais*, p. 5. V.

Il existe aussi des tribunaux de petits litiges civils en France, au Brésil, Hong Kong, Japon, Allemagne, et aux Etats Unis (7).

Il faut ajouter qu'il existe des tribunaux spéciaux en matière de baux (8), de sécurité sociale (9), de status personnel (10) et pour les affaires militaires (11).

Ainsi, les tribunaux spéciaux sont reconnues dans toutes les familles juridiques.

Sous-section 3. *La Juridiction Administrative et Constitutionnelle. La Juridiction Administrative.*— La Juridiction administrative existe comme une Juridiction autonome en France, Italie, Egypte, Pologne, Belgique, Suède, Turquie, et Grèce (12).

Par contre, il y a quelques pays qui ne connaissent pas la juridiction administrative autonome; comme le Brésil, la Yougoslavie, la Hongrie, la Nouvelle Zélande, les Pays-Bas, l'Ecosse, l'Angleterre, le Japon, et les Etats Unis (13)

Dans les pays où se trouve la juridiction administrative, celle-ci est compétente pour l'annulation et les dommages—

cependant JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 10. En Egypte, il y a seulement deux tribunaux commerciaux. V. ALI EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 4.

(7) MARTIN, *op. cit.*, p. 3; LACERDA, *op. cit.*, pp. 7 et 8; LYNCH, *op. cit.*, pp. 13 et 14; OMURA, *op. cit.*, p. 5; KOCH, *op. cit.*, p. 2; CASAD, *op. cit.*, pp. 20 et 21.

(8) MARTIN, *op. cit.*, p. 3; LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Rapport national d'Italie*, p. 6; BIDART, *op. cit.*, pp. 4 et 5; LYNCH, *op. cit.*, pp. 13 et 14.

(9) MARTIN, *op. cit.*, p. 3; KOCH, *op. cit.*, p. 2; VERONICA L. TEVLOR, *Rapport national d'Australie*, p. 6; ORUCU, *le Rapport Anglais*, p. 5.

(10) MARTIN, *op. cit.*, p. 3; BIDART, *op. cit.*, pp. 4 et 5, VESCOVI ET LES AUTRES, *op. cit.*, p. 7; ANGELO, *op. cit.*, p. 1; OMURA, *op. cit.*, p. 5.

(11) LACERDA, *op. cit.*, pp. 7 et 8; ALI EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 6; COMOGLIO, *op. cit.*, p. 6; VODINELIC, *op. cit.*, pp. 8 et 9.

(12) MARTIN, *op. cit.*, pp. 2 et 3, GIUSEPPE TARZIA, *Rapport national d'Italie*, p. 3; COMOGLIO, *op. cit.*, p. 7; ALI EL-HADIDI, p. 3; SAWCZUK, *op. cit.*, p. 4; KRINGS, *op. cit.*, p. 2; MARCHAL, *op. cit.*, pp. 6 et 7; BRUZELIUS, *op. cit.*, p. 3; OZSUNAV, *op. cit.*, p. 4; MANIOLIS, *op. cit.*, p. 3.

(13) LACERDA, *op. cit.*, p. 7; VODINELIC, *op. cit.*, p. 7; GASPARDY, *op. cit.*, p. 3; ANGELO, *op. cit.*, p. 1; VAN MIERLO, *op. cit.*, p. 6; ORUCU, *op. cit.*, p. 16; ORUCU, *le Rapport Anglais*, *op. cit.*, p. 5; JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 10; OMURA, *op. cit.*, p. CASAD, *op. cit.*, p. 20.

intérêts. Tandis que dans d'autres pays, la juridiction administrative est seulement compétente pour annuler les décisions administratives (14).

En ce qui concerne le domaine de compétence de la juridiction administrative, la plupart des pays déterminent le domaine de compétence par la nature administrative du litige (15). Tandis que, les autres déterminent la compétence dans certains cas, par exemple, la Suède (16).

*La Juridiction Constitutionnelle.*— La juridiction constitutionnelle autonome existe dans les pays suivants (17) : France, Italie, Pologne, Belgique, Turquie, Grèce, Egypte, Yougoslavie, Hongrie. Il y a d'autres pays qui ne connaissent pas cette juridiction, comme le Brésil, l'Uruguay, la Nouvelle Zélande, les Pays-Bas, le Japon, les Etats Unis, l'Angleterre (18).

En règle générale, les pays dans lesquels existe une juridiction administrative autonome il y a aussi une juridiction constitutionnelle autonome. Cependant, il a quelques pays qui connaissent la juridiction constitutionnelle, et ne connaissent pas l'autre (19). Par contre, certains pays ne connaissent que la juridiction administrative (20).

Il résulte de l'analyse précédente que la plupart des pays qui appartiennent à la famille Romano-Germanique qui connaissent

(14) BIDART, *op. cit.*, pp. 3 et 4; VESCOVI, GREIF *et* BARCELONA, p. 6.

(15) ALI EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 3; MARTIN, *op. cit.*, pp. 2 et 3.

(16) BRUZELIUS, *op. cit.*, p. 3.

(17) MARTIN, *op. cit.*, pp. 2 et 3; TARZIA, *op. cit.*, p. 3; COMOGGIO, *op. cit.*, p. 7; SAWCZUCK, *op. cit.*, p. 4; KLINGS, *op. cit.*, p. 2; MARCHAL, *op. cit.*, pp. 6 et 7; OZSUNAV, *op. cit.*, p. 4; NANIOTIS, *op. cit.*, p. 4; ALI EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 3; VODINELIC *op. cit.*, p. 7; GASPARDY, *op. cit.*, p. 3.

(18) LACERDA, *op. cit.*, p. 7; BIDART, *op. cit.*, pp. 3 et 4; VESCOVI, GREIF *et* BARCELONA, p. 6; ANGELO, *op. cit.*, p. 1; VAN MIERLO, *op. cit.*, p. 6; OMURA, *op. cit.*, p. 5; CASAD, *op. cit.*, p. 20; ORUCU, *le Rapport Anglais, op. cit.*, p. 5; JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 10.

(19) VODINELIC, *op. cit.*, p. 7; GASPARDY, *op. cit.*, p. 3.

(20) BIDART, *op. cit.*, pp. 3 et 4.

les deux juridictions à la fois. Par contre, les pays de la famille de "common law" ne connaissent ni l'une ni l'autre, comme une juridiction autonome. Tandis que, les pays de la famille socialiste ne connaissent que la juridiction constitutionnelle.

Il est à noter qu'aux Etats Unis et en Angleterre, il y a des tribunaux appelés "administratifs", mais ils ne forment pas une juridiction autonome (21).

SECTION II. *Les magistrats.*— Cette section se divise en deux sous-sections: la première sous-section est consacrée aux juges et la deuxième section est relative au Ministère public.

Sous-section 1. *Les Juges. Le système de recrutement.*— La majorité des pays adopte un système de nomination des juges. Ce système existe dans les pays suivants: France – Italie – Brésil – Hongrie – Uruguay – Suède – Nouvelle Zélande – Pays Bas – Canada – Ecosse – Japon – Grèce – Angleterre – Allemagne – Egypte (22).

Alors que certains pays préfèrent le système d'élection des juges, comme la Yougoslavie (23). D'autres pays adoptent aussi le système d'élection en ce qui concerne le recrutement des membres du Ministère (24).

De plus, certains pays adoptent les deux systèmes, par exemple, en France – dans les tribunaux de commerce et les conseils de Prud'hommes et en Belgique, ou en Suède – dans les tribu-

---

(21) JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 10; CASAD, *op. cit.*, p. 90.

(22) MARTIN, *op. cit.*, p. 4; LACERDA, *op. cit.*, p. 9; TARZIA, *op. cit.*, p. 3; GASPARDY, *op. cit.*, p. 4; BIDART, *op. cit.*, p. 6; VESCOVI, *op. cit.*, pp. 8 et 9; BRUZEHIUS, *op. cit.*, p. 6; ANGELO, *op. cit.*, p. 2; VAN MIERLO, *op. cit.*, p. 8; GLENN, *op. cit.*, p. 5; ORUCU, *op. cit.*, p. 16; OMURA, *op. cit.*, p. 6; MANIOTIS, *op. cit.*, p. 7; ORUCU, *le Rapport anglais, op. cit.*, pp. 6 et 7; KOCTL, *op. cit.*, p. 2; ALI EL-HADID, *op. cit.*, p. 5.

(23) VODINELIC, *op. cit.*, p. 10.

(24) SAWCZUK, *op. cit.*, p. 6.

naux appelés *namnd* – et dans certains Etats des Etats Unis (25).

Aux Etats-Unis, l'élection des juges est effectuée par suffrage direct; tandis qu'en Angleterre, il n'existe pas une telle élection, bien que les deux pays appartiennent à la famille de *common law* (26).

*Rôle des pouvoirs législatifs, judiciaires et exécutifs dans le Recrutement:* La nomination, dans presque tous les pays, est une décision du pouvoir exécutif (27). La nomination dépend du pouvoir judiciaire en Angleterre et en Ecosse (28).

Le pouvoir législatif joue un rôle dans le recrutement des juges dans certains pays, comme la Pologne, la Yougoslavie – pour les juges de la Cour Suprême – la Belgique, l'Allemagne pour certains juges (29).

Dans d'autres groupes de pays, le pouvoir judiciaire à la haute main dans la nomination des juges (30). Par contre, ce rôle est limité dans d'autres pays, comme la Pologne, l'Ecosse et l'Angleterre (31).

*Inamovibilité des Juges et Membres du Ministère Public:* En principe, tous les pays adoptent le principe de l'inamovibilité des juges comme garantie de l'indépendance des juges. Cela signifie qu'on ne peut pas mettre fin à sa fonction avant l'âge de la retraite. On ne peut pas non plus le déplacer sans son consentement (32).

---

(25) MARTIN, *op. cit.*, p. 4; KRINGS, *op. cit.*, p. 3; BRUZELIUS, *op. cit.*, p. 3; CASAD, *op. cit.*, p. 22.

(26) ORUCU, *le Rapport anglais*, pp. 6 et 7.

(27) Par exemple, V. MARTIN, *op. cit.*, p. 4; KOCH, *op. cit.*, p. 2; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 5.

(28) ORUCU, *le Rapport anglais*, pp. 6 et 7; *le Rapport de Scotland*, p. 16.

(29) SAWCZUK, *op. cit.*, p. 6; VODINELIC, *op. cit.*, p. 10; BIDART, *op. cit.*, p. 6; KRINGS, *op. cit.*, p. 3; KOCH, *op. cit.*, p. 2.

(30) EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 5; MANIOTIS, *op. cit.*, p. 7; BIDART, *op. cit.*, p. 6.

(31) SAWCZUK, *op. cit.*, p. 6; ORUCU, *le Rapport anglais*, pp. 6 et 7; *le Rapport de Scotland*, p. 16.

(32) MARTIN, *op. cit.*, p. 5; LACERDA, *op. cit.*, p. 9; TARZIA, *op. cit.*, p. 4;



Cette garantie s'étend à tous les juges dans certains pays (33). Tandis que, elle ne concerne pas tous les juges dans d'autres pays (34).

L'inamovibilité s'étend, dans certains pays, aux membres du Ministère public (35). Par contre, dans d'autres pays, les membres du Ministère public ne jouissent pas de cette garantie (36).

Nous voyons que le principe d'inamovibilité est une garantie essentielle de l'indépendance des juges, et ce principe doit être absolu, sans aucune exception.

S'agissant de la condition relative à l'obtention de la licence en Droit pour exercer la fonction de juge, on note que tous les pays exigent que le juge doit obtenir la licence en Droit. Cependant, il y a des exceptions sur cette règle dans tous les pays. Mais le domaine de ces exceptions est différent d'un pays à l'autre. En France, les juges élus dans les tribunaux d'exception (prud'hommes – tribunaux de commerce – tribunal des baux ruraux) ne doivent pas obtenir la licence en Droit (37). (Ils ne sont pas des magistrats professionnels).

En Italie, le juge conciliateur n'est pas tenu d'obtenir la licence en Droit (38). En Hongrie, les techniciens qui sont membres dans la formation du tribunal industriel ne sont pas tenus d'obtenir la licence en Droit (39). En Belgique, les juges asses-

---

COMOGLIO, *op. cit.*, p. 5; GASPARDY, *op. cit.*, p. 4; KRINGS, *op. cit.*, p. 3; MARCHAL, *op. cit.*, p. 9; ANGELO, *op. cit.*, p. 2; OZSUNAY, *op. cit.*, p. 8; GLENN, *op. cit.*, pp. 5 et 6; ORUCU, *le Rapport anglais*, p. 7; *le Rapport de Scotland*, p. 18; CASAD, *op. cit.*, p. 22; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 5.

(33) MARTIN, *op. cit.*, p. 5; EL-HADIDI, p. 5; TARZIA, *op. cit.*, p. 4; COMOGLIO, *op. cit.*, p. 5.

(34) BIDART, *op. cit.*, p. 6; GLENN, *op. cit.*, p. 6; CASAD, *op. cit.*, p. 22; ORUCU, *le Rapport Anglais*, p. 7.

(35) V. LACERDA, *op. cit.*, p. 9; TARZIA, *op. cit.*, p. 4; COMOGLIO, *op. cit.*, p. 8; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 5; BIDART, *op. cit.*, p. 6; ANGELO, *op. cit.*, p. 2.

(36) MARTIN, *op. cit.*, p. 5; KRINGS, *op. cit.*, p. 3; MARCHAL, *op. cit.*, p. 9.

(37) MARTIN, *op. cit.*, p. 5.

(38) TARZIA, *op. cit.*, p. 4.

(39) GASPARDY, *op. cit.*, p. 14.

seurs ne sont pas forcément licenciés en Droit (40). En Uruguay, les juges de paix – dans les affaires rurales – ne sont pas nécessairement licenciés en Droit (41). En Ecosse, l'obtention de la licence en Droit n'est pas une condition pour occuper la fonction du juge Shérif(42). Au Japon, les juges des tribunaux de petits litige ne sont pas forcément licenciés en Droit (43). En Angleterre, les juges de paix ne sont pas tenus d'obtenir la licence en Droit (44). En Egypte, la condition de l'obtention de la licence en Droit est appliquée de manière rigoureuse pour occuper le poste de juge (45).

*Juge unique ou formation collégiale:* En ce qui concerne la formation des tribunaux, la règle est que les tribunaux du premier degré sont formés d'un juge unique (46). Mais, ces tribunaux se composent parfois de trois juges dans certains pays (47), d'une part, et d'autre part, dans d'autres pays, ces tribunaux se composent d'un juge unique, mais le président du tribunal peut former la chambre de trois juges pour les affaires importantes (48).

S'agissant des tribunaux de second degré, la règle est la formation collégiale (49).

Cependant, il y a quelques exceptions à cette règle. En Belgique, ces tribunaux sont formés d'un juge unique (50). En An-

(40) KRINGS, *op. cit.*, p. 3.

(41) BIDART, *op. cit.*, p. 7.

(42) ORUCU, *op. cit.*, p. 18.

(43) OMURA, *op. cit.*, p. 8.

(44) JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 9.

(45) EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 6.

(46) V. par exemple, MARTIN, *op. cit.*, p. 4; TARZIA, *op. cit.*, p. 3; GASPARDY, *op. cit.*, p. 4; ANGELO, *op. cit.*, p. 6.

(47) EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 5 (le tribunal d'instance se compose d'une juge unique, tandis que le tribunal de grande instance se compose de trois juges); KRINGS, *op. cit.*, p. 3; KOCH, *op. cit.*, p. 2.

(48) SAWCZUK, *op. cit.*, p. 5; VAN MIERLO, *op. cit.*, p. 7.

(49) V. par exemple, EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 5; MARTIN, *op. cit.*, p. 4; COMOGLIO, *op. cit.*, pp. 9 et 10; BIDART, *op. cit.*, p. 6; CASAD, *op. cit.*, p. 21; KOCH, *op. cit.*, p. 2.

(50) MARCHAL, *op. cit.*, p. 8.

gleterre, ils se composent de deux juges (51). En résumé, on peut dire que tous les pays du monde connaissent le principe du double degré de juridiction, et la formation des tribunaux de premier degré est – le plus souvent – limitée à un juge unique, mais la formation des tribunaux du second degré est – le plus souvent – collégiale.

Sous-section 2. *Le Ministère Public.*— Comme un principe général, le système du Ministère public existe dans toutes les familles juridiques. Toutefois, ce système à l'instar du model français, n'existe pas dans quelques pays, comme la Suède – la Nouvelle Zélande, l'Ecosse (52).

Le Ministère public a un rôle en matière civile dans les pays où on le rencontre. Il peut déclencher l'action dans les questions relatives à l'ordre public (53). La majorité des pays donne au Ministère public le pouvoir de déclencher l'action dans les affaires des statut personnel (54). Dans d'autres pays, le Ministère public à le pouvoir de déclencher l'action, pour protéger la légalité (55).

Le Ministère public peut intervenir dans les procès civils. Cette intervention peut être volontaire ou forcée – l'intervention forcée est faite d'après un texte de loi ou pour protéger l'ordre public (56).

Dans les pays dits socialistes (57), le pouvoir du Ministère public est très large. Il peut intervenir pour protéger les droits

(51) JOIOWICZ, *op. cit.*, p. 11.

(52) BRUZELIUS, *op. cit.*, p. 4; ANGELO, *op. cit.*, p. 2; ORUCU, *op. cit.*, p. 24.

(53) MARTIN, *op. cit.*, p. 6; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 7; TARZIA, *op. cit.*, p. 5; LACERDA, *op. cit.*, p. 10.

(54) EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 7; VODINELIC, *op. cit.*, p. 11; OMURA, *op. cit.*, p. 7; KOCH, *op. cit.*, p. 9.

(55) SAWCZUCK, *op. cit.*, p. 7; BRECINSKI, *op. cit.*, p. 4; GASPARDY, *op. cit.*, p. 5.

(56) TARZIA, *op. cit.*, p. 5; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 7; KRINGS, *op. cit.*, p. 5.

(57) SAWCZUK, *op. cit.*, p. 7; GASPARDY, *op. cit.*, p. 5.

des citoyens, l'intérêt social, l'intérêt supérieur de l'État, et si un individu n'est pas capable d'intenter l'action (58).

Dans d'autres pays, le Ministère public peut déclencher l'action pour protéger l'intérêt collectif, comme en Uruguay, par exemple, l'action pour la protection des consommateurs, de l'environnement et des valeurs culturelles et historiques (59).

Comme toute une partie à un procès, le Ministère public peut exercer des recours contre les jugements. Cependant, dans certains pays, le Ministère public peut exercer un recours contre les jugements même s'il n'est pas partie dans l'instance, en particulier dans les cas où le recours a pour objet l'intérêt de loi, par exemple pour annuler un mariage (60).

### SECTION III. *Les auxiliaires de justices.*

Sous-section 1. *Le Jury.*— Certains pays ne connaissent pas le système du jury ni en matière civile, ni en matière pénale (61). Par contre, ce système est connu en matière civile et pénale dans quelques pays, dans les cas prévus par la loi (62).

Par ailleurs, ce système peut être limité soit en matière civile (63) soit en matière pénale (64).

En matière pénale, le système du jury existe dans la famille de "common law" et la famille Romano-Germanique. Il y a des pays qui appartiennent à ces mêmes familles et qui ne l'ont pas adopté.

(58) GASPARDY, *op. cit.*, p. 5.

(59) VESCOVI, *op. cit.*, p. 12.

(60) EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 7; VAN MIERLO, *op. cit.*, p. 10; TARZIA, *op. cit.*, p. 5.

(61) V. par exemple EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 6; GASPARDY, *op. cit.*, pp. 5; BIDART, *op. cit.*, p. 7; OMURA, *op. cit.*, p. 7.

(62) V. CASAD, *op. cit.*, p. 73.

(63) V. par exemple, VODINELIC, *op. cit.*, p. 11; GLENN, *op. cit.*, p. 8; LYNCH, *op. cit.*, p. 5.

(64) V. par exemple, MARTIN, *op. cit.*, pp. 5 et 6; KRINGS, *op. cit.*, p. 4; MARCHAL, *op. cit.*, p. 10; KOCH, *op. cit.*, pp. 2 et 3.

En matières civiles, presque tous les pays refusent ce système.

Sous-section 2. *Les assesseurs populaires.*— Les assesseurs populaires peuvent entrer dans la formation d'un tribunal. Ce système est connu dans un nombre limité de pays, comme la France — dans les tribunaux commerciaux et ruraux, la Hongrie, la Suède — dans les affaires de statut personnel et l'Allemagne, dans les tribunaux de commerce et du travail (65).

On constate que les assesseurs populaires n'existent que dans les pays qui appartiennent à la famille Romano-Germanique. Dans d'autres familles, ce système n'existe pas.

Sous-section 3. *Les Avocats.*— Généralement, on peut dire que l'exercice de la profession d'avocat exige l'obtention de la licence en Droit et de passer une certaine période en stage (66). Cependant, certains pays ne nécessitent pas l'obtention de la licence en Droit pour exercer la profession (67).

Dans la majorité des pays, l'avocat défend seulement les intérêts de son mandant quelle que soit la famille juridique (68).

Toutefois, dans certain pays, l'avocat défend l'intérêt public, à côté d'intérêt privé. On le constate dans les pays suivants: la Pologne — la Nouvelle Zélande — Les États Unis — l'Angleterre (69).

---

(65) MARTIN, *op. cit.*, pp. 5 et 6; GASPARDY, *op. cit.*, p. 5; BRUZELIUS, *op. cit.*, p. 15; KOCH, *op. cit.*, pp. 2 et 3.

(66) V. par exemple, EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 8; MARTIN, *op. cit.*, p. 6; TARZIA, *op. cit.*, p. 5; KRINGS, *op. cit.*, p. 5; MARCHAL, *op. cit.*, pp. 13 et 14; CASAD, *op. cit.*, p. 24; Certains pays nécessitent l'obtention de doctorat pour exercer la profession. V. GASPARDY, *op. cit.*, p. 6; VAN-MIERLO, *op. cit.*, p. 11.

(67) V. OMURA, *op. cit.*, p. 7; ORUCU, *le droit anglais*, p. 9; JOLOMICZ, *op. cit.*, pp. 12 et 13.

(68) V. par exemple, MARTIN, *op. cit.*, p. 6; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 8; KRINGS, *op. cit.*, p. 5; GASPARDY, *op. cit.*, p. 6; ORUCU, *le Rapport anglais*, p. 9.

(69) SAWCZUK, *op. cit.*, p. 7; ANGELO, *op. cit.*, p. 3; CASAD, *op. cit.*, p. 24; ORUCU, *le Rapport anglais*, p. 9; JOLOWICZ, *op. cit.*, pp. 12 et 13.

On constate que la notion de défense intérêts publics n'existe pas dans la famille juridique Romano-Germanique, et cela est à l'inverse de la famille de "common law". Par ailleurs, tous les pays connaissent le système de l'aide judiciaire, quelle que soit la famille juridique.

#### SECTION IV. *Les Systèmes de Justice Alternatifs.*

Sous-section 1. *La Conciliation et la Médiation.*— Toutes les familles juridiques connaissent la notion de conciliations et de médiation par le juge. En France, la conciliation entre dans la mission du juge (article 21). Au Brésil, la conciliation s'exerce dans les contestations de travail et les petits litiges. En Italie, le législateur a organisé la conciliation à partir du premier juillet 1994. En Uruguay, à partir du 20 juin 1989, le juge a dû concilier les parties dans une audience préliminaire, si le juge ne l'a pas tenté, les procédures seraient nulles. En Suède, les tribunaux doivent concilier les parties. Au Nouvelle Zélande, la conciliation et la médiation sont répandues dans les conflits commerciaux et industriels. La médiation est – le plus souvent – utilisée dans les conflits de famille et les petits litiges. Au Canada, la conciliation est répandue. En Ecosse, la conciliation joue un grand rôle dans les contestations industrielles. En Hong Kong, la conciliation est utilisée dans le domaine des litiges du travail et de la famille, en plus des contestations commerciales et industrielles. Au Japon, il y a une commission composée de trois membres dans le tribunal pour concilier. Aux Etats Unis, la conciliation et la médiation gagnent de plus en plus d'importance. En Angleterre, la conciliation est un moyen pour trancher les litiges. En Allemagne la conciliation commence de jouer un rôle dans les affaires de responsabilité médicale et la protection des consommateurs (70).

---

(70) MARTIN, *op. cit.*, p. 7; LACERDA, *op. cit.*, pp. 11 et 12; TARZIA, *op. cit.*, p.

Toutefois, il y a certains pays qui ne s'intéressent pas à la conciliation, comme la Pologne, la Yougoslavie, la Hongrie, les Pays-Bas et l'Égypte (71).

En ce qui concerne l'obligation du juge de concilier, il y a un groupe de pays qui oblige le juge à concilier les parties. Tandis que dans d'autres groupes, la conciliation est facultative pour le juge.

La conciliation est obligatoire dans les législations d'Italie, Belgique, Uruguay, Suède, Nouvelle Zélande, Turquie, Canada, et Japon (72).

En général, la conciliation dans les litiges du travail est facultative en France, en Égypte, en Belgique, en Écosse, en Allemagne et aux États Unis (73).

Du point de vue pratique, on peut dire que la conciliation et la médiation ont réalisé un succès dans quelques pays, mais, elles n'ont pas trouvé leur place dans les autres pays.

Quoi qu'il en soit, il y a une tendance dans toutes les familles Juridiques à élargir le domaine de la conciliation et à rendre obligatoire.

Sous-section 2. *L'Arbitrage*.— L'arbitrage est connu dans tous les pays quelle que soit la famille juridique. Il est un moyen

---

5; COMOGLIO, *op. cit.*, p. 16; BIDART, *op. cit.*, pp. 7 et 8; BRUZELIUS, *op. cit.*, p. 4; ANGELO, *op. cit.*, p. 3; GLENN, *op. cit.*, p. 10; ORUCU, *op. cit.*, p. 24; ORUCU, *le Rapport anglais*, p. 9; LYNCH, *op. cit.*, p. 20; OMURA, *op. cit.*, pp. 7 et 8; CASAD, *op. cit.*, pp. 24 et 25; KOCH, *op. cit.*, p. 3.

(71) SAWCZUK, *op. cit.*, p. 8; VODINELIC, *op. cit.*, p. 21; GASPARDY, *op. cit.*, p. 6; VAN MIERLO, *op. cit.*, p. 11; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 9.

(72) TARZIA, *op. cit.*, p. 5; COMOGLIO, *op. cit.*, p. 16; KRINGS, *op. cit.*, p. 5; MARCHAL, *op. cit.*, pp. 16 et 17; BIDART, *op. cit.*, pp. 7 et 8; VESCOVI, GREIF, et BARCELONA, *op. cit.*, pp. 12 et 13; BRUZELIUS, *op. cit.*, p. 4; ANGELO, *op. cit.*, p. 3; OZSUNAY, *op. cit.*, p. 10; GLENN, *op. cit.*, p. 10; ISHIKAWA AKIRA et MIKAMI TAKEHIKO, *le Rapport de Japon*, p. 27; OMURA, *op. cit.*, pp. 7 et 8.

(73) MARTIN, *op. cit.*, p. 7; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 9; KRINGS, *op. cit.*, p. 5; MARCHAL, *op. cit.*, pp. 16 et 17; ORUCU, *Rapport de Scotland*, p. 24; CASAD, *op. cit.*, KOCH, *op. cit.*, p. 3.

pour résoudre le litige au niveau national et international, sauf pour les questions concernant l'ordre public. Il faut constater que dans la famille des pays socialistes l'arbitrage volontaire était très rare. Il existait le système de arbitrage d'état (74).

S'agissant de l'arbitrage forcé, il existe dans certains pays; en France dans les contestations de presse, au Brésil dans les contestations entre les producteurs et les distributeurs, – en Uruguay – dans les baux et les affaires agricoles – en Turquie – dans les contestations collectives de travail, les contestations du tabac, les contestations de football, et les contestations entre les avocats et les mandataires sur les honoraires – aux Etats Unis – dans les affaires de famille – en Angleterre – dans les affaires dont le montant est moins de mille livre en Egypte – dans les contestations du secteur public (75).

En ce qui concerne l'arbitrage institutionnel, il existe dans les pays suivants: France – Hongrie – Turquie – Hong Kong – Japon – Les Etats Unis – Grèce – Allemagne – Egypte – Yougoslavie (76).

Ainsi, on peut dire qu'il n'y a pas de famille juridique qui se caractérise par une position particulière en ce qui concerne les systèmes de justice alternatifs.

---

(74) SAWCZUK, *op. cit.*, p. 8.

(75) LACERDA, *op. cit.*, pp. 11 et 12; MARCHAL, *op. cit.*, pp. 16 et 17; BIDART, *op. cit.*, pp. 7 et 8; OZSUNAY, *op. cit.*, p. 12; ORUCU, *op. cit.*, p. 24; CASAD, *op. cit.*, pp. 24 et 25; JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 13; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 10.

(76) GASPARDY, *op. cit.*, p. 6; OZSUNAY, *op. cit.*, p. 12; LYNCH, *op. cit.*, p. 20; AKIRA et TAKEHIKO, *op. cit.*, p. 27; OMURA, *op. cit.*, pp. 7 et 8; MANIOTIS, *op. cit.*, p. 6; KOCH, *op. cit.*, p. 3; VODINELIC, *op. cit.*, p. 21; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 10.



DEUXIÈME CHAPITRE  
L'ACTION ET L'INSTANCE  
DANS LES FAMILLES JURIDIQUES

Ce chapitre se divise en quatre sections:

- SECTION I: Le droit d'action et ses conditions.  
SECTION II: Cas particuliers pour exercer le droit d'action  
(l'ordonnance sur requête et l'injonction).  
SECTION III: Rôles respectifs du juge et des parties dans les  
domaines de fait et de droit, ainsi que dans le do-  
maine des preuves.  
SECTION IV: Les principes généraux régissant l'instance civile.

SECTION I. *Le droit d'action et ses conditions.*

Sous-section 1. *Les conditions du droit d'action.*— Toutes les législations dans les familles juridiques reconnaissent le droit d'action. Il y a — en général — deux conditions pour la recevabilité de l'action: qui sont l'intérêt et la qualité. Certains pays ne demandent que l'intérêt, tandis que les autres demandent des conditions, en plus, la condition de délais (77) et l'absence d'obstacle juridique qui empêche l'existence du droit d'action (78).

---

(77) TARZIA, *op. cit.*, p. 6.

(78) EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 11.

Quelques pays exigent l'obtention du droit dans un délais raisonnable, cela est décidé dans l'union Européenne et Uruguay (79). Le droit d'action est facultatif et gratuit parce qu'il représente l'un des droits de l'homme (80).

En ce qui concerne les étrangers, la règle dans les législations récentes leur reconnaît le droit d'action. Cependant, il y a quelques pays qui appliquent la règle romaine en maintenant l'exigence du paiement d'une caution (81).

Sous-section 2. *L'intérêt Collectif*.— Toutes les législations reconnaissent aux syndicats et associations la possibilité de défendre l'intérêt collectif de leurs membres (82).

Parmi ces associations, on peut s'intéresser à celle qui défend les consommateurs et l'environnement (83) En ce qui concerne la protection des consommateurs on trouve certains pays qui confèrent la qualité pour intenter l'action au Ministère public(84) par contre, il y a des pays qui n'organisent pas la protection des consommateurs (85).

Les associations peuvent soit déclencher l'action soit intervenir dans une action en cours devant les tribunaux civils ou criminels (86).

(79) VESCOVI, *op. cit.*, p. 13; VASSILI CHRISTIATIONS, *Rapport d'association d'institué d'Europe*.

(80) V. *contra* TARZIA, *op. cit.*, p. 6; BIDART, *op. cit.*, p. 8.

(81) VODINELIC, *op. cit.*, p. 13; GASPARDY, *op. cit.*, p. 7; MARCHAL, *op. cit.*, p. 17; OZSUNAY, *op. cit.*, pp. 14 et 16.

(82) V. par exemple MARTIN, *op. cit.*, p. 8; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 12; TARZIA, *op. cit.*, p. 6; ERCEINSKI, *op. cit.*, pp. 20 et 22; MARCHAL, *op. cit.*, p. 20; KOCH, *op. cit.*, pp. 3 et 4.

(83) V. en France, la loi de 1992, MARTIN, *op. cit.*, p. 8; en Grèce, la loi no.61 de 1991, MANIOTIS, *op. cit.*, p. 8.

(84) LACERDA, *op. cit.*, p. 13; GASPARDY, *op. cit.*, p. 7; BIDART, *op. cit.*, p. 9; ERCEINSKI, *op. cit.*, pp. 20 et 22.

(85) EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 12; OZSUNAY, *op. cit.*, pp. 16 et 17.

(86) MARTIN, *op. cit.*, p. 8; SAWCZUK, *op. cit.*, p. 9; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 12.

Mais, la question qui se pose — à ce propos est de savoir s'il n'est possible de défendre l'intérêt collectif des personnes qui ne se regroupent pas dans un syndicat ou une association.

Dans certains Etats la réponse est positive. Mais, il y a des conditions pour exercer cette action dite "class action". Ce sont les suivantes: 1) les personnes pour lesquelles l'action est exercée doivent représenter un grand nombre. 2) Ces personnes doivent avoir des questions de fait ou de droit communes. 3) Les prétentions et les exceptions des demandeurs doivent être adéquates avec celles des personnes intéressées. 4) Le représentant des personnes intéressées doit défendre l'intérêt de celles-ci d'une manière acceptable et suffisante (87) Cette action collective est aussi reconnue au Canada, en Ecosse, aux Pays-Bas, en Nouvelle Zélande et au Japon (88) Par contre, il y a des pays qui ne connaissent pas cette action à l'instar du modèle américain (89).

En général, on peut dire que l'action collective commence à se développer dans toutes les familles juridiques à cause de l'augmentation du commerce international, de l'utilisation des contrats — type et de l'application des accords du G.A.A.T.

Sous-section 3. *L'assistance judiciaire.*— Pour que l'exercice de l'action soit efficace cet exercice ne doit pas être coûteux. C'est la raison pour laquelle tous les pays connaissent le système de l'assistance judiciaire. L'assistance judiciaire est consacrée aux pauvres. Certains pays conditionnent aussi l'éventualité de gagner l'action pour profiter de ce système (90).

---

(87) CASAD, *op. cit.*, pp. 26 et 27.

(88) GIENN, *op. cit.*, pp. 9 et 10; ORUCU, *op. cit.*, p. 24; VAN MIERLO, *op. cit.*, p. 13; OMURA, *op. cit.*, p. 9; ANGELO, *op. cit.*, p. 3.

(89) EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 13; KOCH, *op. cit.*, p. 4; JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 9; MARTIN, *op. cit.*, p. 8; MARCHAL, *op. cit.*, p. 20.

(90) EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 11; OZSUNAY, *op. cit.*, pp. 14 et 16.

En général, les citoyens sont les bénéficiaires de ce système. Mais, certains pays reconnaissent aux étrangers le droit d'obtenir l'assistance judiciaire (91). Cette assistance judiciaire est organisée dans certains pays – par des lois spéciales (92). Il est à noter que l'assistance est offerte soit par l'état, soit par organismes privés (93).

## SECTION II. *Cas particuliers pour exercer l'action.*

Sous-section 1. *Les ordonnances de paiement. (L'injonction de payer).*— La plupart des législations connaissent le système, d'après lequel on exige le paiement d'une dette sans observer le principe de la contradiction avec l'autre partie. Cependant, ce système n'existe pas dans certains pays (94).

On peut dire que le système de l'injonction de paiement est le plus souvent facultatif, dans les pays où il existe (95). Toutefois, il est obligatoire dans certains pays (96). S'agissant du domaine d'application, l'ordonnance de paiement s'applique dans certains pays aux dettes civiles et commerciales (97) d'autres pays appliquent seulement ce système en matière commerciale (98).

Ce système concerne – dans certains pays – les dettes monétaires (99). Tandis que d'autres pays étendent ce système

---

(91) MARCHAL, *op. cit.*, p. 18.

(92) ORUCU, *op. cit.*, p. 24; ORUCU, *le Rapport anglais*, p. 10; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 11.

(93) ANGELO, *op. cit.*, p. 3; OMURA, *op. cit.*, p. 8.

(94) JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 13; VAN MIERLO, *op. cit.*, p. 19.

(95) V. par exemple, COMOGLIO, *op. cit.*, p. 33.

(96) EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 19; GASPARDY, *op. cit.*, p. 11.

(97) En France et Belgique, pour les petites dettes civiles, MARTIN, *op. cit.*, p. 11; MARCHAL, *op. cit.*, p. 30; En Egypte et Uruguay, pour toutes les dettes quelque soit leur montant, EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 19; BIDART, *op. cit.*, pp. 10 et 11.

(98) SAWCZUK, *op. cit.*, p. 2.

(99) VODINELIC, *op. cit.*, p. 16.

aux biens fongibles, aux biens mobiliers (100) ou autres domaines (101).

Il est à remarquer que le système de l'injonction de paiement est connu dans la famille romano-germanique. La famille de common law ne le connaît pas.

Sous-section 2. *L'ordonnances sur requête.*— L'ordonnance sur requête est une ordonnance rendue sans respecter le principe de contradiction avec l'autre partie, s'il y a une nécessité. Ce système est organisé par la législation dans certains pays, comme la France et l'Égypte (102). Par contre, il y a d'autres pays qui ne le connaissent pas, comme l'Angleterre, les Pays-Bas, et l'Yougoslavie (103).

On peut constater que ce système est connu dans certains pays qui appartiennent à la famille romano-germanique, et il n'est pas connu dans la famille de common law.

### SECTION III. *Le rôle respectif du juge et des parties dans les domaines du droit et du Fait.*

Sous-section 1. *Rôle des parties et Juge dans le Domaine du Fait.*— Selon le principe dispositif, les parties sont les maîtres du fait. Seules les parties allèguent les faits et en fournissent la preuve. Par conséquent, le rôle du juge dans le procès civil est passif; le juge ne peut changer ni la cause, ni l'objet de la demande (prétention), et il ne peut pas juger "ultra petita".

La famille de common law reste toujours fidèle à ce principe. Donc, le pouvoir du juge dans le domaine du fait est limité.

(100) EL-HADIDI, *op. cit.*,

(101) BIDART, *op. cit.*, pp. 10 et 11.

(102) MARTIN, *op. cit.*, p. 11; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 19.

(103) JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 13; VAN MIERLO, *op. cit.*, p. 19; VODINELIC, *op. cit.*, p. 16.

On trouve cette position aux Etats Unis, en Nouvelle Zélande, en Ecosse, et en Angleterre (104).

Par contre, dans la famille des pays socialistes, on trouve que le pouvoir du juge est très vaste. En Pologne, la cour peut offrir aux parties des directives utiles concernant les actes de procédure. Elle peut se prononcer sur des prétentions qui n'ont pas été demandées par les parties.

Elle peut contrôler la renonciation aux demandes et les transactions judiciaires.

Elle peut aussi refuser l'acquiescement d'une partie malgré la déclaration défendeur (105). En Yougoslavie, le tribunal a un très vaste pouvoir dans le domaine du fait (106). En Hongrie, le tribunal a une grande liberté d'appréciation des faits (107).

En ce qui concerne la famille romano-germanique, un développement considérable est à remarquer à ce domaine. Le juge commence à avoir un pouvoir vaste dans le domaine du fait. Ce pouvoir concerne essentiellement l'appréciation du fait, pas sa preuve. En France, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqué au soutien leur prétention, parmi les éléments des débats (article 7, alinéa 2 N.C.P.C.) (108). En Belgique, en Uruguay, en Suède, en Allemagne, et Egypte, on trouve la même chose (109). En Italie, à partir de 1990, le rôle actif du juge diminue (110). Cette famille donne au juge le pouvoir de faire intervenir les parties d'office.

(104) CASAD, *op. cit.*, p. 27; il faut noter que le pouvoir du juges est différent selon, l'existence ou non de jury, dans le premier cas, le pouvoir du juge est très limite. ANGELO, *op. cit.*, p. 4; ORUCU, *op. cit.*, p. 25; ORUCU, *le Rapport anglais*, p. 11.

(105) SAWCZUK, *op. cit.*, p. 10; ERECINSKI, *op. cit.*, pp. 25 et 26, a partir de 1989, le tribunal est devenue lie par les demandes des parties. Le projet de loi 1994 a élargi le pouvoir des parties a l'inverse de celui du juge.

(106) VODINELIC, *op. cit.*, p. 15.

(107) GASPARDY, *op. cit.*, p. 8.

(108) MARTIN, *op. cit.*, p. 9.

(109) KRINGS, *op. cit.*, p. 7; BIDART, *op. cit.*, p. 9; BRUZELIUS, *op. cit.*, p. 5; KOCH, *op. cit.*, p. 4; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 18.

(110) COMOGLIO, *op. cit.*, p. 31.

Mais, de toute façon, cette famille ne permet pas au juge de se saisir d'office. Et l'appréciation des faits par le juge est toujours contrôlée par la Cour de cassation.

Ainsi, le rôle du juge dans la famille de "common law" est différent de ce qui existe dans d'autres familles.

Sous-section 2. *Le rôle du juge et des parties dans le domaine du droit.*— La règle dans toutes les familles juridiques est que le juge connaît le Droit "Jura Novit Curia". Il qualifie le fait et choisit le texte de loi à appliquer, texte qui soit impératif soit supplétif. Cependant, il y a une exception à cette règle. Ainsi, au Canada on ne suppose pas que le juge connaît le Droit (111).

Le juge est tenu — en règle générale — d'appliquer le Droit, et cela n'est pas une faculté pour lui (112). Toutefois, certaines législations n'obligent pas le juge à appliquer le Droit (113).

S'agissant du rôle des parties dans le domaine de Droit, on peut dire, généralement, que les parties n'ont aucun rôle dans ce domaine.

Cependant, certaines législations donnent aux parties un rôle dans ce domaine — en France, les parties ne sont pas obligées de présenter la loi, mais elles peuvent lier le juge par les qualifications et points de droit pour les droits dont elles ont la libre disposition (V. article 12 alinéa 4). Si le juge modifie des éléments de droit proposés par les parties, il doit observer le principe de contradiction (114). Dans certains pays, les parties doivent citer

---

(111) GLENN, *op. cit.*, p. 10.

(112) Selon la doctrine dominante en France. V. contra, MARTIN, *op. cit.*, p. 10; TARZIA, *op. cit.*, p. 3; COMOGLIO, *op. cit.*, p. 34; SAWCZUK, *op. cit.*, p. 10; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 18; VODINELIC, *op. cit.*, p. 15; KRINGS, *op. cit.*, p. 7; BIDART, *op. cit.*, p. 10; OMURA, *op. cit.*, p. 10; CASAD, *op. cit.*, p. 30; PRUCU, *le Rapport anglais*, p. 11; KOCH, *op. cit.*, p. 4.

(113) ANGELO, *op. cit.*, p. 4; BRUZELIUS, *op. cit.*, p. 6; GLENN, *op. cit.*, p. 10.

(114) V. article 16 de N.C.P. C.; en même sens, JOLOWICZ, *op. cit.*, pp. 4 et 5; OMURA, *op. cit.*, p. 11.

les éléments juridiques qui justifient leur demande (115). En Belgique, les parties jouent un grand rôle dans le domaine de Droit, le juge sera tenu d'appliquer le texte de loi et la qualification présentés par les parties; il ne peut pas les changer, sinon, il sera accusé d'excès de pouvoir (116). Ainsi, on constate que les législations de la même famille juridique différent sur ce sujet.

Sous-section 3. *Rôle du juge dans la Preuve.*— On peut distinguer entre les pays de la famille romano-germanique, et la famille des pays socialistes, d'une part, et les pays de la famille de common law, d'autre part.

Dans la famille romano-germanique la règle est que le juge peut ordonner l'office des moyens de preuve (117). Cependant, la règle en Italie est contraire (118).

Toutefois, dans cette famille, il y a des moyens de preuves que le juge ne peut pas ordonner d'office. Ces moyens concernent le serment et la production forcée des pièces (119).

Dans la famille des pays socialistes puisque le juge cherche la vérité objective, il peut ordonner tous les moyens de preuve sans aucune exception.

Par contre pour la famille de romano-germanique; les moyens de preuve sont d'ordre public (120).

Dans la famille de "common law", la règle est le contraire; le pouvoir du juge d'ordonner d'office des moyens de preuve est

---

(115) TARZIA, "L'harmonisation des règles de procédure civile dans les pays de la communauté Européenne", p. 1261; BIDART, *op. cit.*, p. 10; ORUCU, *op. cit.*, p. 25.

(116) MARCHAL, *op. cit.*, p. 24; VIAUSSI, ANGELO, *le Rapport de New Zealand*, p. 4.

(117) MARTIN, *op. cit.*, p. 10; KRINGS, *op. cit.*, p. 7; MARCHAL, *op. cit.*, p. 25; BIDART, *op. cit.*, pp. 9 et 10; MANIOTIS, *op. cit.*, p. 11; KOCH, *op. cit.*, p. 4.

(118) TARZIA, *op. cit.*, pp. 7 et 8.

(119) MARTIN, *op. cit.*, p. 10; BRUZELIUS, *op. cit.*, p. 6; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 16.

(120) BRECINSKI, *op. cit.*, p. 25; VODINELIC, *op. cit.*, p. 15; GASPARDY, *op. cit.*, p. 9.



très limité (121). Certains pays de "common law" connaissent le système d'interrogation des témoins par les parties, dit système de "cross-examination". On trouve ce système aux Etats Unis et en Angleterre (122).

Dans certains Etats des Etats Unis, le juge ne peut jamais interroger les témoins, d'autres Etats lui permettent de le faire (123).

En Angleterre, si le juge exagère lorsqu'il pose des questions aux témoins, son jugement pourra être annulé (124).

S'agissant de l'exécution des moyens de preuve, certains pays confient l'exécution des moyens de preuve a un juge unique. Mais, dans tous les cas, le tribunal peut exécuter les moyens de preuve par sa formation complète (125).

Concernant l'appréciation des résultats des moyens de preuve, cette appréciation est faite — dans tous les pays — pas le tribunal du fond en sa formation complète.

Mais on peut dire que le pouvoir du juge relatif à l'appréciation du fait dans les pays de common law est moins grand que dans les autres familles (126).

#### SECTION IV. *Principes fondamentaux gouvernant l'instance.*

Sous-section 1. *Le respect des droits de défense et les droits de l'homme.*— Les principes fondamentaux qui gouvernent l'instance sont le respect des droits de la défense et ses applications

---

(121) ANGELO, *op. cit.*, p. 4; ORUCU, *op. cit.*, p. 25; OMURA, *op. cit.*, p. 10; JOLOWICZ, *op. cit.*, pp. 4 et 5.

(122) CASAD, *op. cit.*, p. 29; ORUCU, *le Rapport anglais*, p. 11; Le Japon a pris ce système a partir du deuxième guerre mondiale, V. OMURA, *op. cit.*, p. 10.

(123) CASAD, *op. cit.*, p. 29.

(124) JOLOWICZ, *op. cit.*, pp. 4 et 5.

(125) MARTIN, *op. cit.*, p. 10; TARZIA, *op. cit.*, pp. 7 et 8; GASPARDY, *op. cit.*, p. 9; ANGELO, *op. cit.*, p. 4; MANIOTIS, *op. cit.*, p. 11; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 17; KOCH, *op. cit.*, p. 4; VODINELIC, *op. cit.*, p. 15.

(126) COMOGGIO, *op. cit.*, p. 29.

(surtout le principe de contradictoire), l'égalité et le principe dispositif.

Il y a contravention aux droits de l'homme dans les cas suivants:

- Si la justice est coûteuse et formaliste de manière exagérée.
- S'il y a retard dans le déroulement de l'instance.
- Si l'assistance judiciaire n'est pas efficace.
- S'il n'y a pas de protection efficace pour les associations (127).

Ces principes sont respectés dans toutes les familles juridiques. Ils sont prévus soit par la constitution (128) soit par la loi. Cependant, certains rapports nationaux ont donné quelques exemples sur la violation des droits de l'homme (129).

On constate que le respect des principes fondamentaux gouvernant l'instance et les droits de l'homme est théoriquement prévu dans toutes les familles juridiques, et en pratique, les violations sont concentrées dans les pays dits socialistes.

Sous-section 2. *Les principes de publicité oralité et écrit.*— Le principe de publicité d'audience est un principe fondamental dans le droit judiciaire, et universel. Il est prévu soit par la constitution (130) soit par la loi. La convention européenne des droits de l'homme l'a prévu.

Toutefois, il y a des exceptions sur ce principe dans toutes les familles juridiques. Ces exceptions tiennent à l'ordre public, à la sécurité nationale, ou aux affaires de famille. Certaines lois permettent aux juges d'examiner la cause à huis-clos (131).

---

(127) COMOGLIO, *op. cit.*, p. 19.

(128) LACERDA, *op. cit.*, p. 16; COMOGLIO, *op. cit.*, p. 19; MANIOTIS, *op. cit.*, p. 12; KOCH, *op. cit.*, p. 4.

(129) MARTIN, *op. cit.*, p. 11; TARZIA, *op. cit.*, p. 8; SAWCZUK, *op. cit.*, p. 11; VODINELIC, *op. cit.*, p. 16; GASPARDY, *op. cit.*, p. 10.

(130) KRINGS, *op. cit.*, p. 6; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 13.

(131) Cependant, en Pologne, le juge peut examiner une cause publiquement bien que la loi prévoit l'examen à huis-clos. V. SAWCZUK, *op. cit.*, p. 9.

Certains pays obligent le juge de motiver son ordonnance concernant l'examen de la cause à huis-clos (132).

En Suède, le juge n'a pas le pouvoir d'examiner une cause à huis-clos (133).

En principe, l'oralité est dominante dans tous les pays quelle que soit la famille juridique. D'ailleurs l'écrit existe aussi à cause de charges résultant de l'augmentation des actions, et du manque de temps (134).

Sous-section 3. *La Concentration de l'Instance.*— Ce principe signifie que le procès doit être examiné dans les audiences concentrées, sans délai trop long entre chacune d'elles.

On peut distinguer entre la famille de common law et les autres familles. Dans les pays de la famille de common law, le principe de concentration est pratiquement réalisé (135). Tandis que dans la famille romano-germanique, les procès sont examinés dans les audiences éloignées bien que le principe de concentration soit théoriquement prévu (136).

---

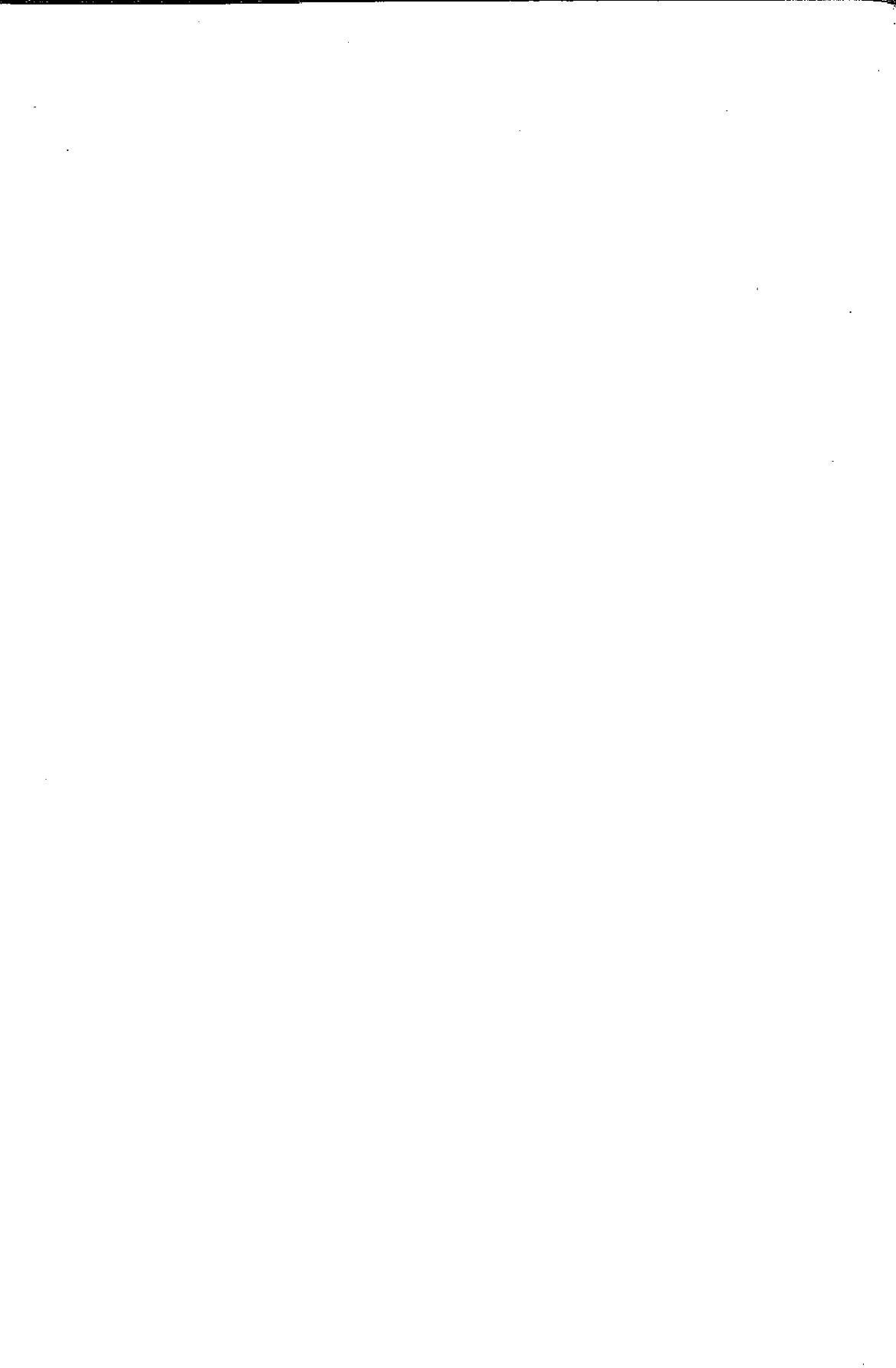
(132) KRINGS, *op. cit.*, p. 6.

(133) BRUZELIUS, *op. cit.*, p. 5.

(134) MARTIN, *op. cit.*, p. 9; TARZIA, *op. cit.*, p. 7; LACERDA, *op. cit.*, p. 7.

(135) CASAD, *op. cit.*, p. 29; ORUCU, *op. cit.*, p. 25; ORUCU, *le Rapport anglais*, p. 10.

(136) EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 15; MARTIN, *op. cit.*, p. 9; LACERDA, *op. cit.*, p. 14; TARZIA, *op. cit.*, p. 7; KOCH, *op. cit.*, p. 4.



## TROISIÈME CHAPITRE

### LES JUGEMENTS ET L'EXÉCUTION FORCÉE

Ce Chapitre Se Divise En Quatre Sections:

SECTION I: La motivation des jugements.

SECTION II: L'opinion dissidente.

SECTION III: Les voies de recours.

SECTION IV: L'exécution forcée.

SECTION I. *La Motivation des Jugements. L'obligation de Motivation.*— La règle générale est l'obligation du juge de motiver ses jugements. Cette obligation est prévue soit par la constitution (137) soit par la loi. Dans certains pays, il n'existe pas d'obligation juridique de motiver (138).

*Style de Motivation.*— Dans les pays romano-germanique on trouve le style bref dans la motivation (139). Par contre, dans les pays de "common law", il existe un style détaillé (140).

---

(137) LACERDA, *op. cit.*, p. 17; TARZIA, *op. cit.*, p. 10; KRINGS, *op. cit.*, p. 6; BIDART, *op. cit.*, p. 12; VAN MIERLO, *op. cit.*, p. 20; ORUCU, *op. cit.*, p. 25; MANIOTIS, *op. cit.*, pp. 12 et 13.

(138) SAWCZUK, *op. cit.*, p. 13; ANGELO, *op. cit.*, p. 4; GLENN, *op. cit.*, p. 11, KOCH, *op. cit.*, p. 5.

(139) MARTIN, *op. cit.*, p. 12; BIDART *op. cit.*, p. 12; BRUZELIUS, *op. cit.*, pp. 7 et 8; OMURA, *op. cit.*, p. 11; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 11; V. par contre, TARZIA, *op. cit.*, p. 10; LACERDA, *op. cit.*, p. 17; KOCH *op. cit.*, p. 5.

(140) ANGELO, *op. cit.*, p. 4; ORUCU, *op. cit.*, p. 25; JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 15.

*Les Raisons Economiques et Sociales.*— La règle dans la famille romano-germanique est que le juge ne cite pas les raisons économiques et sociales dans la motivation de jugement (141). Cependant, le juge peut les citer dans certains pays de cette famille (142).

En ce qui concerne les pays de "common law", la règle est que le juge peut citer les raisons économiques et sociales (143). Cependant, cela n'est pas nécessaire pas dans certains pays de cette famille (144).

Donc, l'obligation de motivation est un principe universel dans toutes les familles juridiques. La plupart des pays, quelle que soit la famille juridique, se dirige vers le style de "common law" concernant le détail de la motivation et la citation des raisons économiques et sociales.

SECTION II. *L'opinion dissidente.*— Ce système signifie que dans un tribunal collégial le juge peut exprimer son opinion si elle est contraire à la majorité. Cette opinion dissidente doit être écrite et motivée par conséquent, il n'existe pas la règle de délibérations secrètes. Les parties peuvent profiter de l'opinion dissidente dans le cas de recours.

Dans la famille romano-germanique, la règle est le secret des délibérations, et l'inexistence de l'opinion dissidente, comme en France, aux Pays-Bas, en Belgique et en Egypte (145).

Dans les autres familles, il existe la possibilité d'exprimer une opinion dissidente. Cette opinion peut être obligatoire ou facultative. Elle est obligatoire dans les pays suivants. Pologne,

---

(141) MARTIN, *op. cit.*, p. 12; TARZIA, *op. cit.*, p. 10; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 21; KRINGS, *op. cit.*, p. 6.

(142) LACERDA, *op. cit.*, p. 17; BIDART, *op. cit.*, p. 12; BRUZELIUS, *op. cit.*, pp. 7 et 8; KOCH, *op. cit.*, p. 5; VAN MIERLO, *op. cit.*, p. 20.

(143) ORUCU, *op. cit.*, p. 25; JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 15; OMURA, *op. cit.*, p. 11.

(144) ANGELO, *op. cit.*, p. 4.

(145) MARTIN, *op. cit.*, p. 13; KRINGS, *op. cit.*, p. 10; VAN MIERLO, *op. cit.*, p. 20; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 22.

Japon, Suède, Angleterre, et Grèce (146). Elle est facultative dans les pays suivants: Brésil, Yougoslavie, Uruguay, Allemagne, et Italie dans le cas de responsabilité du juge (147).

On peut dire qu'il y a une tendance universelle à citer l'opinion dissidente, et les familles juridiques ont admis la pensée de la famille de common law, sauf la famille romano-germanique.

SECTION III. *Les voies de recours.*— La règle générale dans tous les pays est le double degré de juridiction, malgré l'existence d'un seul ou de trois degrés de juridiction dans certains pays — la règle est aussi que les parties ont le droit de recours, sans avoir besoin de permission. Cependant, il y a quelque pays qui impose l'accord du tribunal qui a rendu le jugement ou de la cour d'appel, comme les pays de la famille de "common law".

En ce qui concerne la possibilité de recours par les tiers, il existe une différence entre les législations. Deux applications de cette question: la tierce — opposition — le recours du procureur général dans l'intérêt de la loi ou pour excès de pouvoir (148). Quant à la tierce — opposition, ce système est connu dans certains pays: France — Pays-Bas et Grèce (149). Par contre, ce système n'est pas connu dans d'autres pays (150).

Dans les familles romano-germanique et des pays socialistes, le procureur général peut faire un recours dans deux cas: le

---

(146) SAWCZUK, *op. cit.*, pp. 13 et 14; OMURA, *op. cit.*, p. 11; BRUZELIUS, *op. cit.*, p. 8; ORUCU, *le Rapport anglais*, p. 12; Maniotic, *op. cit.*, p. 12.

(147) LACERDA, *op. cit.*, p. 18; TARZIA, *op. cit.*, p. 10; VODINELIC, *op. cit.*, p. 18; BIDART, *op. cit.*, p. 12; KOCH, *op. cit.*, p. 5.

(148) Il y a d'autres cas comme l'intervention volontaire dans l'appel, comme en Egypte et Canada; et le recours des témoins contre les jugements relatifs aux amendes. V. GASPARDY, *op. cit.*, p. 14.

(149) L'article 582, (N.C.P. C.); TARZIA, *op. cit.*, p. 10; VAN MIERLO, *op. cit.*, p. 22; MANIOTIS, *op. cit.*, p. 14.

(150) EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 23.

recours dans l'intérêt de la loi et le recours pour excès de pouvoir, s'il y a atteinte aux pouvoirs législatif ou exécutif (151).

Dans les pays socialistes, le pouvoir du Ministère public concernant le recours est très large. Ce recours est appelé le système de révision (152). Par contre, certains pays de "common law" ne connaissent pas le recours en cassation dans l'intérêt de la loi, comme les Etats-Unis, l'Angleterre, Nouvelle Zélande, et le Canada (153). Ainsi, la famille de "common law" se distingue des autres familles.

SECTION IV. *L'exécution forcée.*— La règle universelle est que l'exécution s'effectue seulement sur les biens, pas sur les personnes. Cette règle est appliquée en Italie, Belgique, Yougoslavie, et Suède (154). On critique cette règle parce que l'exécution sur les biens est parfois insuffisante à cause de l'existence de biens insaisissables et de la fraude du débiteur, ainsi que l'alourdissement des procédures (155).

D'autre part certains pays connaissent la contrainte par corps en matière civile, comme l'Uruguay, la Turquie, la Nouvelle Zélande, l'Allemagne, les Pays-Bas, et l'Égypte (156).

D'autres pays connaissent la détention du débiteur dans le cas de non respect des ordres du tribunal en matière d'exécution (contempt of court), comme les Etats Unis, l'Angleterre, le

---

(151) MARTIN, *op. cit.*, pp. 13 et 14; VAN MIERLO, *op. cit.*, p. 22; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 23; KOCH, *op. cit.*, p. 6; KRINGS, *op. cit.*, p. 11; OMURA, *op. cit.*, p. 10.

(152) ERECKINSKI, *op. cit.*, p. 31; VODINELIC, *op. cit.*, p. 19.

(153) CASAD, *op. cit.*, p. 19; ORUCU, *Rapport anglais*, p. 10; JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 16; ANGELO, *op. cit.*, p. 5; GLENN, *op. cit.*, p. 11.

(154) TARZIA, *op. cit.*, p. 10; KRINGS, *op. cit.*, p. 11; MARCHAL, *op. cit.*, p. 41; Vodenlic, *op. cit.*, p. 19; BRUZELIUS, *op. cit.*, p. 8.

(155) COMOGLIO, *op. cit.*, p. 37.

(156) MARTIN, *op. cit.*, p. 14; BIDART, *op. cit.*, p. 12; OZSUNAY, *op. cit.*, pp. 29 et 30; ANGELO, *op. cit.*, p. 5; VAN MIERLO, *op. cit.*, p. 23; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 24; KOCH, *op. cit.*, p. 6; MANIOTIS, *op. cit.*, p. 15; SAWCZUK, *op. cit.*, p. 15.



Canada, et l'Allemagne (157).

Il y a une tendance contemporaine à utiliser l'astreinte comme moyen de contrainte pour l'exécution forcée, comme en Belgique, en France, et en Pologne (158).

On peut dire qu'il n'y a pas de différence profonde dans le domaine de l'exécution entre les familles juridiques.

---

(157) CASAD, *op. cit.*, p. 33; ORUCU, *le Rapport anglais*, p. 12; GLENN, *op. cit.*, p. 12; KOCH, *op. cit.*, p. 6.

(158) MARCHAL, *op. cit.*, p. 41; VAN MIERLO, *op. cit.*, p. 23.



DEUXIÈME PARTIE  
LA POSSIBILITE DE REGROUPEMENT  
DES FAMILLES JURIDIQUES  
EN SEUL GROUPE (UNIFICATION)  
OU EN PLUSIEURS GROUPE (HARMONISATION)



L'étude comparative, que nous venons de terminer dans la première partie, a montré qu'il y a des principes de procédure ayant une valeur universelle dans toutes les législations. Il y a aussi des spécificité distinguant chaque famille juridique.

En général, on peut dire que la famille de "common law" est la famille la plus distinguée dans ce domaine.

Et selon les rapports nationaux, on peut distinguer entre certaines tendances concernant l'unification et l'harmonisation. Ainsi, cette partie se divise en trois chapitres:

Chapitre I: L'impossibilité de l'unification ou de l'harmonisation.

Chapitre II: La possibilité de l'unification ou de l'harmonisation.

Chapitre III: La possibilité de l'unification partielle et de l'harmonisation.

La classification classique des familles juridiques rest valable jusqu'à maintenant pour les uns (159). D'après eux, cette classification présente les avantages suivants: mettre en relief les différences fondamentales entre les familles juridiques (160); aider à comprendre les dites familles (161), offrir des intérêts scientifiques (162).

Pour les autres (163), cette classification est critiquée pour les raisons suivantes:

---

(159) SAWCZUK, *op. cit.*, p. 16; BIDART, *op. cit.*, p. 13; ANGELO, *op. cit.*, p. 5; OMURA, *op. cit.*, p. 13; ORUCU, *le Rapport anglais*, p. 13.

(160) MARTIN, *op. cit.*, p. 15.

(161) VAN MIERLO, *op. cit.*, p. 24.

(162) OZSUNAY, *op. cit.*, p. 33.

(163) KRINGS, *op. cit.*, p. 13; CASAD, *op. cit.*, p. 33; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 25.

– Cette classification est basée sur un fondement idéologique (164).

– Cette classification concerne le droit objectif, elle ne faut pas s'appliquer au droit processuel (165).

– La classification est basée sur des considérations géographiques et historiques (166).

C'est pour quoi les auteurs critiquant la classification traditionnelle proposent d'autres classifications (167).

Dans le rapport national de Yougoslavie: on propose une classification des famille juridiques en trois familles: la première, influence par la religion et les traditions. Tandis que la seconde est influence par le droit romain, et la dernière est caractérisée par le respect de droits de l'homme. Et l'intéret de cette classification se fonde sur l'éloignement de classification idéologique.

Dans le rapport national de Hongrie: on propose une classification des familles juridiques comme suit: la famille Germanique (compris la Grèce et le Japon), la famille Anglo-Saxonne (y compris les Etats-Unis d'Amérique, et enfin, une nouvelle famille c'est la nouvelle famille latine (y compris les Etats d'Amérique Latine).

---

(164) VODINELIC, *op. cit.*, p. 20.

(165) VODINELIC, *op. cit.*, p. 20

(166) GASPARDY, *op. cit.*, p. 15.

(167) V. VODINELIC, *op. cit.*, p. 24; GASPARDY, *op. cit.*, p. 18; OZSUNAY, *op. cit.*, p. 33; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 25

PREMIER CHAPITRE  
L'IMPOSSIBILITÉ DE L'UNIFICATION OU DE  
L'HARMONISATION

Pour les uns, l'unification ou l'harmonisation n'est pas possible pour certaines raisons. Ces raisons reviennent aux différences culturelles et sociales, aux spécificité de la "common law" et aux différences entre les législations d'une même famille. Ainsi, on va diviser ce chapitre en trois sections suivantes:

SECTION I: Les différences culturelles et sociales.

SECTION II: Les spécificité de la famille de "common law".

SECTION III: Les différences dans la même famille juridique.

SECTION I. *Les différences culturelles et sociales.*— La possibilité de l'unification ou d'harmonisation est un rêve — pour les uns — ou pour les autre utopie (168). L'impossibilité de l'unification résulte des différences dans la manière de penser des circonstances historiques (169), culturelles(170) du rôle et de la nature du pouvoir judiciaire (171), du contexte politique, économique et social (172).

La difficulté de l'unification pour les uns se présente car elle porte atteinte à la souveraineté des Etats (173). L'unification né-

---

(168) MARTIN, *op. cit.*, p. 15; COMOGLIO, *op. cit.*, p. 38.

(169) MARTIN, *op. cit.*, p. 15.

(170) ANGELO, *op. cit.*, p. 5.

(171) ANGELO, *op. cit.*, p. 6.

(172) OMURA, *op. cit.*, p. 13.

(173) TARZIA, *op. cit.*, p. 1262; Europe Union, p. 24.

cessite, en effet, une volonté politique supranationale, et celle-ci n'existe pas (174).

D'ailleurs, les procédures civiles nationales sont influencés par la constitution de chacun des pays.

En supposant que l'unification des droits de procédure soit effectuée, cette unification ne garantit pas l'unification d'application. Et pour garantir l'unification d'application, il doit exister des tribunaux supranationaux et ceux-ci n'existent pas (175).

En réalité, l'unification des droits de procédure ne peut pas être réalisée, au point de vue de certains auteurs, parce qu'il y a des règles sous-jacentes tenant aux circonstances particulières de chaque pays (176).

SECTION II. *Les spécificité de la famille de "common law".*— L'unification ou l'harmonisation entre la famille de "common law" et les autres familles est difficile à réaliser.

Cette difficulté nait des caractéristiques de la famille de "common law". C'est-à-dire le rôle considérable de la coutume, les traditions particulières (177).

De plus, la jurisprudence n'a pas seulement un rôle interprétatif, mais encore elle a un rôle constitutif (178). La jurisprudence dans la famille de "common law" se caractérise par l'existence du système de jury, le rôle passif du juge en matière de preuve, et le procès examine à deux étapes (179).

Ainsi, l'unification entre la famille de "common law" et les autres familles est irréaliste pour beaucoup d'auteurs(180).

(174) VODINELIC, *op. cit.*, p. 24; ANGELO, *op. cit.*, p. 6.

(175) TARZIA, *op. cit.*, p. 1262; MANIOTIS, *op. cit.*, p. 18.

(176) EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 25.

(177) LACERDA, *op. cit.*, p. 21.

(178) CASAD, *op. cit.*, pp. 33 et 34.

(179) JOLOWICZ, *op. cit.*, pp. 17 et 19.

(180) TARZIA, *op. cit.*, p. 1262; OMURA, *op. cit.*, p. 13; VAN MIERLO, *op. cit.*, p. 24; OZSUNAY, *op. cit.*, p. 32.



SECTION III. *Les différences dans la même famille juridique.*—

Dans la même famille juridique, il y a beaucoup de différences entre les systèmes juridiques. Par exemple, en France, le demandeur n'est pas obligé de mentionner le texte de la loi ou le principe juridique sur lequel il s'appuie. Par contre, en Italie, il doit indiquer cela (article 163 alinéa 4 proc. civ.). Un autre exemple, en France, le nouveau code de procédure civile permet au juge de prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions. En Italie, il n'a pas cette faculté. En ce qui concerne le principe du contradictoire, en France, le juge ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations, il en est presque le même en Allemagne. Par contre, en Italie, le juge n'est pas obligé de pratiquer la contradiction avec les parties (181).

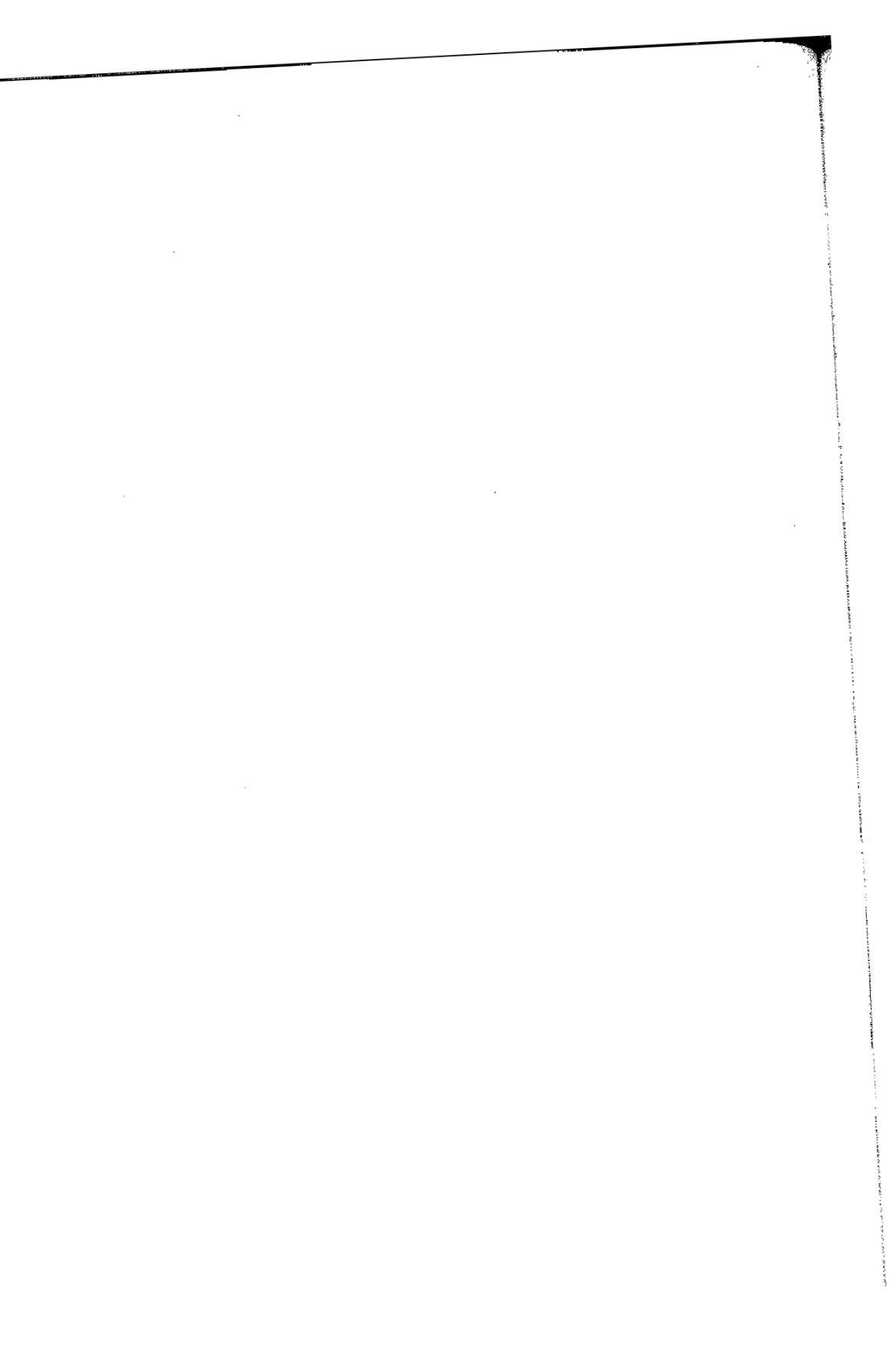
Ajoutons encore que pour les tribunaux du second degré, en Belgique, ils sont composés d'un seul juge, à l'inverse de ce que l'on trouve dans les Etats de la même famille juridique.

Quant aux moyens de preuve: en France, le juge peut ordonner d'office les moyens de preuves, et cela à l'inverse du droit italien.

La motivation des jugements: en Italie, on applique le système de la motivation détaillée, et cela à l'inverse des pays de la même famille juridique qui appliquent le système de la motivation brève.

---

(181) TARZIA, *op. cit.*, p. 1262.



DEUXIÈME CHAPITRE  
LA POSSIBILITÉ DE L'UNIFICATION  
OU L'HARMONISATION

Ce chapitre se divise en trois sections:

- Section I: Les arguments des partisans de l'unification.
- Section II: Les moyens de l'unification.
- Section III: L'union Européenne comme exemple de modèle de l'unification.

SECTION I. *Les arguments des partisans de l'unification. L'existence de notions communes entre les familles juridiques.*— Il y a, théoriquement, des différences entre la famille de “common law” et les autres, mais pratiquement ces différences ne sont pas considérables (182).

En effet, il y a des notions communes entre toutes les familles juridiques. Ces notions constituent ce qu'on appelle “la justice naturelle”. Parmi ces notions, le principe du contradictoire et le droit d'obtenir un procès équitable (183).

D'ailleurs, le droit romain est considéré comme une source historique pour toutes les familles juridiques, et cela facilite l'unification. En plus, il y a d'autre facteurs facilitant l'unifica-

---

(182) KRINGS, *op. cit.*, p. 12; Sawczuck, *op. cit.*, p. 17; GLENN, *op. cit.*, p. 12; une commission a été constituée de douze juristes de l'union européenne, et cette commission a prouvé que les différences entre la “common law” et les autres familles ne sont pas profondes. En effet, les différences appartiennent essentiellement aux terminologies. V. GASPARDY, *op. cit.*, p. 15.

(183) MARTIN, *op. cit.*, p. 15.

tion; ce sont la philosophie de toutes législations est la réalisation de justice (184), le respect et la tolérance entre les cultures différentes (185).

Il est à noter que le droit des procédures civiles est une technique sociale qui gouverne le déroulement du procès devant la justice, et cette technique doit se diriger vers la protection des droits de l'homme et la réalisation de la justice comme une valeur sociale acceptée par tous les pays (186).

On ajoute que l'unification des règles de procédure est plus facile que celle des règles de fond, parce que les procédures sont des instruments neutres et abstraits (187).

Par ailleurs, il est remarquer que la coopération économique doit-être accompagnée par une coopération juridique (188) pour affronter les changement politiques surgissant aujourd'hui dans l'ordre international (189).

Les partisans de l'unification voient que celle-ci facilite la circulation économique et juridique, ainsi qu'elle facilite l'exécution des jugements et décisions judiciaires (190).

*Les changements, surgissant dans les pays socialistes.*— La famille des pays socialistes était fondée sur des notions idéologiques et le déclin de ces notions va faciliter l'unification (191), puisque chacun de ces pays va se diriger vers l'une des autres familles juridiques (192).

---

(184) BIDART, *op. cit.*, p. 14.

(185) KOCH, *op. cit.*, p. 7.

(186) BIDART, *op. cit.*, p. 15.

(187) BIDART, *op. cit.*, p. 16.

(188) BIDART, *op. cit.*, p. 21.

(189) ANGELO, *op. cit.*, p. 6.

(190) VODINELIC, *op. cit.*, p. 24.

(191) ERECINSKI, *op. cit.*, p. 34; VODINELIC, *op. cit.*, p. 20.

(192) V. par exemple, MARTIN, *op. cit.*, p. 16; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 25; OMURA, *op. cit.*, p. 13; CASAD, *op. cit.*, p. 34; LACERDA, *op. cit.*, p. 21. Cependant, certains auteurs voient que la chute du communisme n'entraîne pas le déclin de la famille des pays socialistes en matière de procédure. V. COMOGLIO, *op. cit.*, p. 38.

*L'inexistence d'un fondement religieux facilite l'unification.*— En principe, l'inexistence d'un fondement religieux des règles de procédures civiles facilite l'unification entre les familles juridiques (193).

De plus, les uns estiment que la religion ne représente aucun obstacle, pour l'unification parce que toutes les religions ont les mêmes principes (194).

SECTION II. *Les moyens de l'unification.*— Les partisans de l'unification souhaitent préalablement une étude comparée faite par la doctrine (195). Après cela, les conventions internationales se présentent comme un moyen acceptable pour l'unification, du point de vue de certains auteurs (196). Les uns demandent aussi l'existence d'une cour supranationale afin d'unifier l'application (197).

En ce qui concerne l'autorité assumant l'unification les uns proposent les Nations Unies (198), les autres confient cette mission aux associations non gouvernementales et conférences internationales (199). Certains estiment qu'il faut commencer l'unification au niveau régional, en faisant un code modèle par

---

(193) MARTIN, *op. cit.*, p. 16; BIDART, *op. cit.*, p. 14; BRUZELIUS, *op. cit.*, p. 1; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 25

(194) SAWCZUK, *op. cit.*, p. 17; KRINGS, *op. cit.*, p. 13.

(195) TARZIA, *op. cit.*, p. 1262; SAWCZUK, *op. cit.*, p. 19; BIDART, *op. cit.*, p. 15; EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 25. VODINELIC, *op. cit.*, p. 21.

(196) COMOGGIO, *op. cit.*, p. 38; KRINGS, *op. cit.*, p. 11; BRUZELIUS, *op. cit.*, p. 1; ANGELO, *op. cit.*, p. 6; OMURA, *op. cit.*, p. 13, CASAD, *op. cit.*, p. 34.

Les uns refusent l'unification par les conventions parce qu'il y a des problèmes concernant la ratification et l'interprétation. V. ORUCU, *le Rapport anglais*, p. 13, BIDART, *op. cit.*, p. 14; KRING, *op. cit.*, p. 14. Par contre certains estiment que la convention internationale représente le moyen le plus efficace a cause de la responsabilité de l'état, V. ANGELO, *op. cit.*, p. 6.

(197) VESCOVI, *op. cit.*, p. 21; VAN MIERLO, *op. cit.*, p. 24; KOCH, *op. cit.*, p. 6.

(198) EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 25; GASPARDY, *op. cit.*, p. 17.

(199) BIDART, *op. cit.*, p. 13, ANGELO, *op. cit.*, p. 6; GLENN, *op. cit.*, p. 12.

exemple et après cela on peut internationaliser cette unification régionale (200).

SECTION III. *L'union européenne comme exemple modèle de l'unification* (201).— Le Droit communautaire appartient à trois familles juridiques: romano-germanique, common law et la famille scandinave.

La communauté européenne se caractérise par l'inspiration du droit communautaire des textes écrits du traité. Il y a des textes ou règles processuelles relatives aux cours et tribunaux. Il y a aussi des sources non écrites. Elles sont les principes généraux communs entre les droits de procédure des Etats membres par exemple: bonne administration de la justice – économie de procédure – droit à un procès équitable – droit à une protection judiciaire effective – protection des droits de la défense – principe du contradictoire. Ces principes forment des valeurs communes qui opère un regroupement des différentes familles juridiques. La coutume ne se présente pas comme une source dans ce domaine.

L'union européenne a une juridiction supranationale la cour et le tribunal. Cette juridiction a le pouvoir de trancher les litiges en matière de Droit privé et de Droit public. La cour est considérée comme une juridiction constitutionnelle et une cour suprême. Dans la cour, en pratique, la nomination des juges est représentative de chaque Etat membre de l'union. Et cela permet de faciliter le regroupement des familles juridiques et de faire un métissage des différentes cultures juridiques.

Les conditions de recevabilité de l'action doivent être plus libérales que celles exigées par les droits nationaux. Le choix de la langue en faveur des personnes. Les frais sont limités et il existe l'aide judiciaire. Pour que les particuliers puissent faire un

---

(200) EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 25; VESCOVI, *op. cit.*, p. 21.

(201) VASSILI CHRISTIATIONS, *Rapport de l'union Européenne*.

recours à la juridiction communautaire, ils doivent prouver qu'ils subissent un préjudice à cause de la violation du droit communautaire.

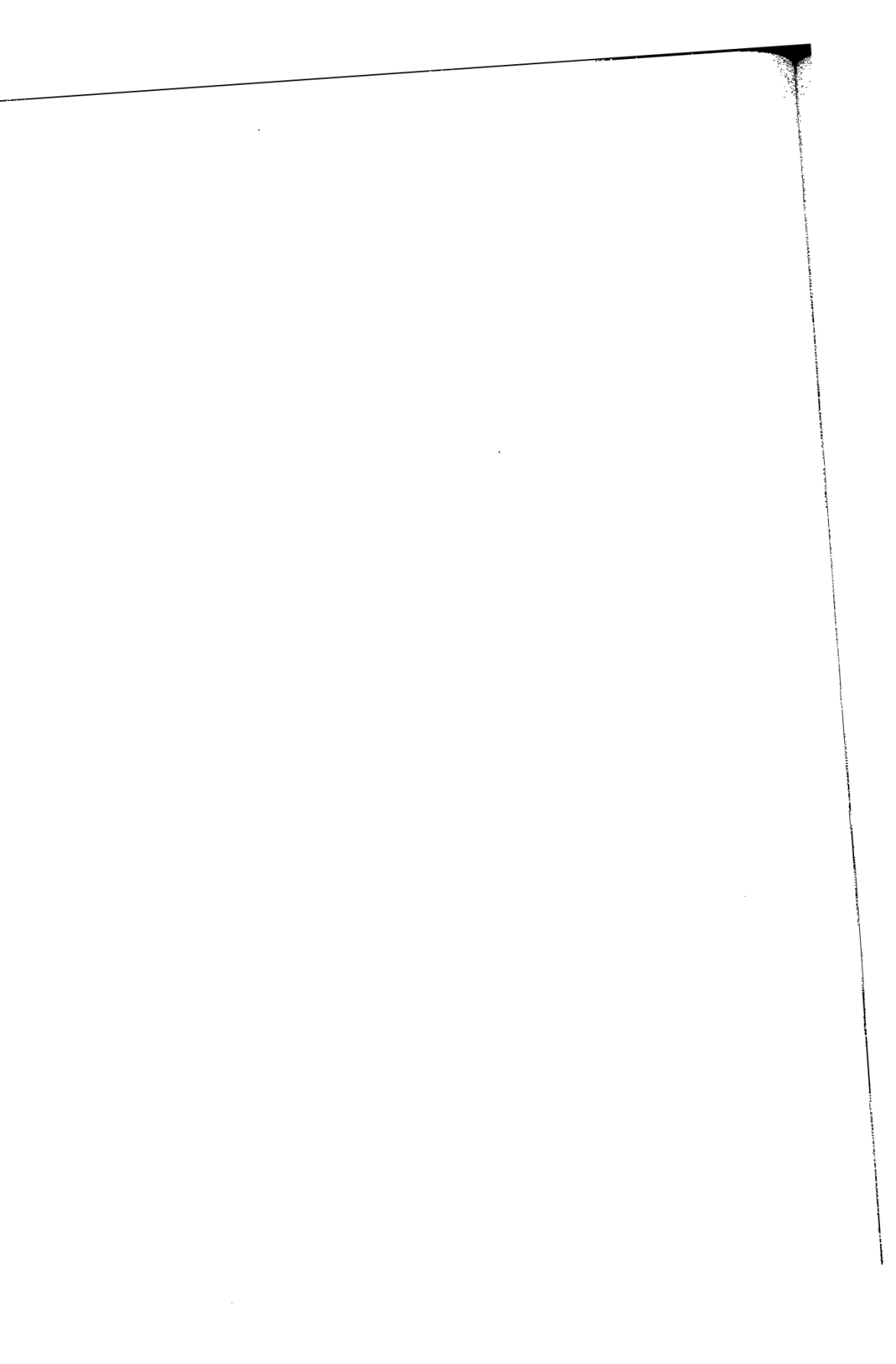
Les parties ne sont pas tenues d'indiquer les disposition du droit communautaire qui constitue la base juridique, il suffit d'indiquer les faits et les moyens de défense.

La juridiction communautaire a un grand pouvoir en ce qui concerne la preuve. Elle applique les règles générales de la preuve, la charge de preuve est régie par les principes généraux de preuve – "actori incumbit probatio et reus in excipiendo fit actor".

En ce qui concerne la motivation des jugements, une évolution est attendue quant à la motivation des jugements du tribunal, qui a adopté, dès le début de son fonctionnement, une formulation très détaillée. S'agissant de la cour, la motivation de ses arrêts était détaillée, mais elle est devenue plus brève.

Une conséquence virtuelle du regroupement des familles de droit judiciaire est l'émergence d'une nouvelle famille de droit judiciaire, celle d'un droit judiciaire commun de l'union européenne.

Il est à noter que la cour constitue un laboratoire spécialisé de regroupement des familles juridiques et d'harmonisation du droit judiciaire communautaire. Le "common law" n'est pas un obstacle d'harmonisation, par contre elle est un enrichissement du Droit communautaire, surtout les notions suivantes: la référence à ce qui est raisonnable – l'interrogation des témoins par "cross-examination" – l'abandon des attendus.





TROISIÈME CHAPITRE  
LA POSSIBILITÉ DE L'UNIFICATION PARTIELLE ET  
L'HARMONISATION

On traite ce chapitre en deux sections:

SECTION I: Les principes fondamentaux sur lesquels porte l'unification.

SECTION II: La possibilité de l'harmonisation et ses moyens.

SECTION I. *Les principes fondamentaux sur lesquels porte l'unification.*— L'unification peut porter sur les principes fondamentaux, sans prendre en considération les détails. Les principes fondamentaux sont les suivants: l'indépendance de la justice – la publicité des audiences – la motivation des jugements – l'aide judiciaire – les règles de l'exécution des jugements, le respect des droits de l'homme (202); le droit d'avoir un procès équitable (203), les principes directeurs du procès (204), l'égalité devant la justice, l'efficacité des jugements (205).

SECTION II. *La possibilité de l'harmonisation et ses moyens.*— Selon les uns, on peut unifier partiellement les familles juridiques à travers la cohabitation entre ces familles, avec le respect

---

(202) KRINGS, *op. cit.*, p. 12.

(203) BRECINSKI, *op. cit.*, p. 33; SAWCZUK, *op. cit.*, p. 17.

(204) TARZIA, *op. cit.*, p. 1262.

(205) EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 25.

des particularités nationales, c'est-à-dire l'unification des principes généraux cité à la section précédente sans toucher les détails.

Et pour l'harmonisation, des conditions doivent être requises. Ce sont la démocratie – la liberté – l'indépendance de la justice et le respect des droits de l'homme (206). De toute façon, l'harmonisation se présente comme une étape progressive vers l'unification (207), il vaut mieux, au point de vue de certains, que l'unification porte sur les principes fondamentaux et l'harmonisation concerne les dispositions détaillées (208).

---

(206) MARTIN, *op. cit.*, p. 16.

(207) SAWCZUK, *op. cit.*, p. 19; LACERDA, *op. cit.*, p. 23.

(208) EL-HADIDI, *op. cit.*, p. 25.

## CONCLUSION

Nous pouvons conclure de notre étude qu'il existe de points communs. Mais aussi qu'il existe de points des différences entre les familles juridiques qui font l'objet de notre rapport.

De même, nous pouvons constater que l'évolution idéologique et politique a montré qu'il existe un certain nombre de principes fondamentaux qui ont trouvé l'accord de toutes les familles juridiques, et ces principes sont: l'indépendance du juge, le respect des droits de l'homme le droit d'avoir un procès équitable, l'égalité devant la justice, l'efficacité des jugements.

Nous avons pu constater que les différences entre les familles juridiques sont des différences techniques qui tiennent essentiellement à la nature du pouvoir judiciaire dans chaque pays.

Et nous avons pu remarquer que les obstacles à l'unification ou à l'harmonisation résultent des différences culturelles, que ce soit les spécificité de la famille de common law ou les différences entre les pays de la même famille juridique.

Mais il y a des facteurs qui aboutissent à l'unification, ou à l'harmonisation, et cela parce que le droit romain est considéré comme une source historique pour toutes les familles juridiques contemporaines, et la religion n'est pas une source des règles procédurales – et, on peut ajouter que les règles procédurales sont des règles neutres et abstraites, et n'ont pas subi l'influence de considération idéologiques, de la même manière que les règles substantielles.

Ainsi, l'union Européenne, peut-être considérée dans ce domaine, comme un bon exemple, puisque le droit communautaire appartient à trois familles juridiques (Romano-germanique, common law, et la famille scandinave). Et l'union européenne

peut jouer ce rôle parce qu'elle a une juridiction supranationale.

Cependant, certains auteurs considèrent que l'unification ou l'harmonisation est un rêve (pour les uns) ou utopie (pour les autres).

Pourtant, un grand nombre d'auteurs considèrent que l'unification ou l'harmonisation n'est pas impossible actuellement. Et, parmi ces tendances, on trouve une troisième tendance qui considère que l'unification ou l'harmonisation n'est pas possible actuellement, mais elle sera possible dans l'avenir.

Et, enfin, il existe une dernière tendance qui voit l'impossibilité de l'unification, même dans l'avenir, et la seule possibilité est d'harmoniser les différentes familles juridiques, et cette étape sera une étape vers l'unification.

En ce qui concerne les moyens d'harmoniser les familles juridiques, certains auteurs estiment nécessaire une étude comparée préalable faite par la doctrine. Après cela, les conventions internationales se présentent comme moyens d'harmonisation.

Et, dans ce domaine, les autorités gouvernementales, et les organisations non gouvernementales peuvent contribuer à ces efforts.

De même, les organisations internationales (comme les Nations-Unies) peuvent jouer un rôle important dans ce domaine, et nous proposons, à ce propos, la formation d'un comité spécial, auquel sera confiée la mission de mettre les principes de droit procédural dans un code model. Le droit de l'arbitrage international peut présenter un exemple dans ce domaine.

C'est ainsi que l'on peut dire que ce travail international peut, sans aucun doute, faciliter la connaissance du droit procédurale au niveau international.

Mais pour jouer un rôle efficace dans le nouvel ordre universel, nous souhaitons qu'il se fonde sur les principes de la liberté, et de l'égalité et de la démocratie, pour arriver en fin de compte à un ordre juridique universel équitable, on a besoin des efforts des fidèles juristes dans le monde entier.

WOUTER DE VOS  
AND  
WALTER H. RECHBERGER

TRANSNATIONAL LITIGATION  
AND THE EVOLUTION OF THE LAW  
OF EVIDENCE



## INTRODUCTION

It has been stated, that there are enough tasks in the field of international civil procedure to remain busy for the next hundred years. (1) Especially the last decade has taught us that the question of taking evidence abroad will be a preeminent agenda at least for quite a couple of years. This fact is insofar remarkable, as this subject has already been treated in a line of multilateral conventions, which actually did their best to meet the needs of transnational litigation. The Hague Conventions of 1905, 1954 and 1970 can be judged as "state of the art" according to what might be considered as the international consensus on international law of evidence at their time. But sometimes it seems that this consensus is even weaker than we thought a couple of decades ago.

Especially the conflict between the USA and a couple of (not only!) civil law countries on the question of discovery abroad, which has been labelled as "*Justizkonflikt*" in Germany, has shown a fundamental dissent within the international judicial community. The discussion about the exclusivity of the Hague Conventions (2) made clear that there is even no *communis opinio* on the basic question, what "evidence" actually is: Representatives of both "parties" of the conflict have tried to argue that discovery according to the American system of litigation cannot

---

(1) SCHACK, *Hundert Jahre Haager Konferenz für IPR. Ihre Bedeutung für die Vereinheitlichung des internationalen Zivilverfahrensrechts*, *RabelsZ*, 57 (1993), 262.

(2) See *infra*.

be regarded as taking evidence in the Conventions' sense; one side tried to prove that there is no exclusivity of the Conventions' rules, the other that there is no obligation to deal with discovery abroad under the Convention at all. (3) Both argumentations do a bad job to the evolution of the law of transnational evidence: From our point of view, the solution of this problem can only be found under the Convention, under international law, not somewhere else and especially not by adopting a narrow-minded approach, which makes only reference to the principles of one's national law. It may be banal, but it has to be stated: Comparative law is the key to mutual understanding.

It would be easy to explain conflicts, as the one mentioned above, as the clash of two "chauvinist" cultures of law. It may be true to some extent, that the power of the judiciary to enforce measures of taking evidence all over the world has been over-emphasized, just as the principle of territorial sovereignty on the other side. The true reason of this conflict seems to be the fact that the differences between the systems of taking evidence have been underestimated by the Conventions. Regarded from this point of view, comparative law is an extremely important requisite for the interpretation of the Conventions. Only if we do understand the different instruments of the national systems, we will understand that a lot of them serve the same purposes, have the same functions.

There has been a lot of discussion in black and white terms in the field of the international law of evidence in the past years. Everyone who tries to evaluate the different systems, has to avoid the trap of defining "good" and "bad" systems of taking evidence. On the other hand, all systems do have certain advantages, and in many cases, better requisites of taking evidence could be adopted from other systems without a fundamental "ideological" change. Finally, even our traditional fundamentals of

---

(3) Cfr. SCHLOSSER, *Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa*, (1985), 42.



the law of evidence will have to compete with foreign models. So we have to learn a lot from each other.

The basic differences of the world's systems of taking evidence can be studied under two preeminent aspects: Firstly the role of the *dramatis personae* of the litigation within the process of taking evidence, especially the "division of labour" between the court and the parties (4); and secondly, the power of the court to take evidence against the will of the parties. (5)

The Hague Conventions are not the only, and – especially from the practitioner's point of view – sometimes even not the most important source of the international law of evidence: On the one hand, a dense network of bilateral treaties has been concluded. On the other hand, taking evidence abroad is based on mere bilateral usage in many cases. Very often, this usage has been the basis of taking evidence for a long period of time and to the mutual satisfaction of both states. Therefore the idea that this practice might not only be a fact, but also be able to create a legal obligation, suggests itself. According to the prevailing opinion, there is no legal obligation to perform legal assistance, where there is no treaty. From that point of view, legal assistance is only a matter of *courtoisie internationale* in these cases. Especially in the community of the common law countries, the doctrine of comity has given a very specific profile to what is still considered to be a "non-legal obligation". It has to be pointed out that in the view of the international legal principle of the cooperation of states, there might be a shift towards an understanding, which does no longer deny the legal quality of the complex of "rules" set up in this context (6). The principle of good faith will be the guideline. On the other hand, the idea of customary international law in this field still seems rather far-fetched today, because most of the states emphasize that they

---

(4) See *infra* 2.1.

(5) See *infra* 2.2.

(6) Cfr. GEIGER, *Legal Assistance between States in Civil Matters*, in *International Encyclopaedia of Public International Law*, 7 (1984), 242.

are under no obligation to perform legal assistance where there is no treaty. In this context, the role of legal assistance based on *courtoisie* in the making of bi- and multilateral contracts must not be underestimated. We would also like to point out, that usage may be helpful to define the content of existing international treaties: A certain usage over a long period of time will be able to define the content of an treaty on legal assistance. Existing international treaties can also play another role in the evolution of the law of transnational evidence: Art 6 of the European Convention on Human Rights contains the guarantee of a "fair trial" in civil matters, in other words, there has to be a certain standard of effectiveness in legal procedures dealing with civil rights and obligations. It could be considered as a breach of the Convention, when one member state of the Convention does not give legal assistance to another, and therefore a "fair" trial is impossible, only because one party has no access to essential evidence. "Access to courts" may also mean "access to evidence".

TRADITION, IDEOLOGY AND THE LAW  
OF EVIDENCE – DIFFERENT APPROACHES,  
COMMON TRENDS.

2.1. *Introductory.*— On a very low level of reflexion, one may think that the law of evidence is a mere bundle of technical rules how to find facts for the purpose of litigation. The opposite is correct: There is almost no field within civil procedure, where the historical and ideological background is as important as in the law of evidence. When we discuss the “principles” of a certain system of litigation, most of our questions actually do concern the way of taking evidence: whether it is oral or not, whether the parties are the *domini litis* or not, whether the judge who makes the decision is also the one who takes the evidence and so on. In the light of transnational litigation, there seem to be two groups of fundamental differences forming the preminent barriers to mutual understanding of the systems; as already mentioned above, these differences concern the role of the court and the parties during the process of fact-finding and the range of measures to take evidence against the will of one or both parties. The existing of these differences and especially the belief, that the respective other system contains inadequate or even unacceptable solutions seem to be the main hindrance to the evolution of the international law of evidence.

2.2. *Judges and Parties: Who Plays the Lead?*— It has been

said that the approach to fact-finding is perhaps the most significant point of difference between the Anglo-American tradition and the tradition of mainland Europe (7): The common law approach is usually defined as "adversarial", while the continental system is said to be "inquisitorial". These terms try to explain the fact, that – cum grano salis – in common law litigation the judge is a passive listener to the issues raised by the parties, a mere "umpire" (8), while in the civil law tradition, the judge is conducting an investigation of the relevant facts. In other words, the problem is: Who asks the relevant questions? Is it the judge or is it the party (or – to be more exact – the lawyer)?

From the Anglo-American point of view, the German system is the typical example of an inquisitorial system (9). (Surprisingly enough, Austrian jurists use to define the German system as "adversarial", while they emphasise the inquisitorial nature of their own system (10)). It has been said that the German judge "is constantly descending to the level of the litigants, as an examiner (...) as counselor and adviser" (11). This statements leads to two aspects: Firstly, it implies, that the judge who asks too many questions and plays an active role in the process of fact-finding, may be biased in some way. Secondly – and more important – the "continental" system could be understood as the expression of a belief in the principle of the "strong state", which may be considered as highly inappropriate, especially in civil matters dealing with the "private" law, not the

(7) EDWARD, *Fact-Finding: A British Perspective*, in MILLER/BEAUMONT, *The Option of Litigating in Europe*, (1993), 43.

(8) AGUDO, *National Report Nigeria*.

(9) Cfr. KÖTZ, *Richter und Anwalt im deutschen und englischen Zivilprozeß*, *Festschrift für Imre Zajtay/Mélanges en l'honneur d'Imre Zajtay*, (1982), 277.

(10) See BÖHM, *Der Streit um die Verhandlungsmaxime. Zum Einfluß der Verfahrenstheorie des 19. Jahrhunderts auf das gegenwärtige Prozeßverständnis*, *Ius Commune*, VII (1978), 145; OBERHAMMER, *Richtermacht, Wahrheitspflicht und Parteienvertretung. Gesichtspunkte der "Arbeitsgemeinschaft Zivilprozeß"*, in KRALIK/RECHBERGER, *Konfliktvermeidung und Konfliktregelung*, (1993), 31.

(11) KAPLAN/VON MEHREN/SCHAEFER, *Phases of German Civil Procedure*, *Harvard Law Review*, 71 (1958), 1472; see also KAKULI, *National Report Botswana*.

“public” law sphere of the individual. Sometimes, the civil law system is even defined as “totalitarian” (12) (against the background of the “liberal” common law system). These qualifications are based on a fundamental misunderstanding: Especially the German Code of Civil Procedure originates from the tradition of 19<sup>th</sup> century liberalism, when the principle that the parties are the only *domini litis* (“*Verhandlungsgrundsatz*”) was considered to be extremely important (13). One has to differentiate between mere inquisitorial systems and systems, where the judge has got a vast bundle of inadequate powers (e.g. to take evidence against the expressed will of both parties in cases, where there is no specific public interest), as it was typical for example in most of the former socialist countries in eastern and central Europe (14). Also jurists from civil law countries do understand and refer to the “private nature” of civil procedure (15). Nevertheless, it is true to some extent, that jurists from civil law countries have a stronger sense for the public function of the judiciary (16).

On the other hand, the Anglo/American approach is blamed for its lack of interest in the “substantial truth”, the judge not being in the position to pose questions to parties and witnesses, is said to deal only with the “formal truth”, which cannot create justice at all. Such an understanding is a simplification as well: The court has to rely on the parties’ cooperation in every system of fact-finding. The Anglo-American systems only render the initiative in this cooperative process to the parties; this was also the case in the civil law world until the beginning of the 19<sup>th</sup> century, when the development started to shift towards today’s mixed system, where the parties’ initiative is still

---

(12) Cfr. KÖTZ, *Richter und Anwalt im deutschen und englischen Zivilprozeß*, *Festschrift für Imre Zajtay/Mélanges en l’honneur d’Imre Zajtay*, (1982), 282.

(13) Cfr. KENZ, *National Report Germany*.

(14) See KENGYEL, *National Report Hungary*; DIKA/UZELAC, *National Report Croatia*; WINTEROVÁ/MACKOVÁ, *National Report Czech Republic*.

(15) See LAENENS/BROECK, *National Report Belgium*.

(16) See expressly BOUDAHRAIN, *National Report Morocco*.

the first step, but the court has the possibility to play an active role in evidence in case the parties' activities are not sufficient or not efficient enough.

We did already mention above, that the law of evidence is a very "ideological" field of procedure. In the discussion outlined above, sometimes it even seems that ideology has put a veil in front of one simple fact: Both models have been designed to find the relevant facts, and not to serve any other purpose. Therefore, the only reasonable measuring rod, which is applicable to these systems is, how effective they are in finding the relevant facts – the emphasis lies on "relevant". In this context, they cannot be compared without looking at the principle "*iura novit curia*". In the civil law countries, where this principle was adopted in the course of the reception of Roman law, it is the judge who defines the legal issue based on the parties' claims; so he knows best, which facts could be the material ones. In the common law countries, where this principle is at least less important, the parties have to bear the burden of presenting not only the facts, but also the legal grounds for their claims – so they know (or at least: should know) better, what is relevant for their case. *Engisch* has given the famous dictum, that the judge's eye is moving back and forth from the facts to the rules of law (17) ("*Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt*"). In the light of *iura novit curia*, this process would be rather ineffective if the judge were not allowed to ask questions. But also in systems, where the lawyers have to "know the law", it is ineffective, if the counselor does not get the point (or at least, does not get it within a reasonable period of time). Finally, only a trained practitioner will be able to find the relevant questions. In cases of small claims, this poses the problem, that the party will not be able to act in a proper way without the help of a counselor. So there will also be a certain public interest to give the judge the possibility to ask questions,

---

(17) ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*<sup>1</sup>, (1963), 15.

to investigate the substantial facts. But this interest does not necessarily mean that the judge is thought to interfere with the "private" matters of the parties: Civil litigation in an inquisitorial system has nothing to do with "police work". A system, where the court is enabled to conduct an "investigation" does not necessarily include the court's power to do so against the will of both parties; it does not take away the *onus probandi* from the plaintiff; almost all inquisitorial systems know the instrument confession. From that point of view, the judicial activity is restricted to the finding of facts, which are necessary to prove all the facts the court needs for its decision. In other words, certain elements of an investigative power of the judge make the judiciary more effective by being more flexible. – This gain of flexibility might be the reason for the international trend towards a more active role of the judge (18). Inquisitorial elements can help to make procedure quicker and therefore also cheaper without a loss of quality (19). On the other hand, also pretrial discovery can serve a similar purpose by preventing trial at all – and it is performed by the parties by definition. The fact that it might be costly and take a lot of time should only be the business of the state that decides to adopt this model of fact finding. – And indeed, it does not seem to be the distrust of lawyers playing the lead in the process of evidence-taking that led to the conflict concerning pretrial discovery abroad; moreover, it was the wide range of obligations to disclose facts that created the feeling that discovery abroad is a serious threat to national sovereignty.

---

(18) Cfr. eg CARPI, *Les nouveaux pouvoirs du juge dans la réforme du procès civil italien*, *Festschrift für Franz Matscher*, (1993), 71; FISCHER, *Die Beschleunigungsmechanismen des französischen Zivilprozesses*, (1990), 18; SCHACK, *Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht*, (1988), 54; DE VOS/VAN LOGGERENBERG, *The Activism of the Judge in South Africa*, 1991, TSAR, 592; REINHARDT, *National Report Australia*; SANTOS BEDAQUE, *National Report Brazil*.

(19) This idea also seems to be the pace-maker for the reform of civil procedure presently going on in Japan – see IKEDA/FUJIMOTO/TADA/NISHIJIMA, *National Report Japan*.

2.3. *Taking evidence against the will of a party.*— The submitted national reports show to an impressive extent the wide variety of approaches concerning the subject of taking evidence against the will of a party. On the one end of the range, there is the archaic principle of *nemo contra se edere tenetur*. No party shall be obliged to help the opponent to obtain evidence against her. Although confronted with massive criticism (20), this principle plays an important role even today, especially in the German “family” of procedural law (21), but also – for example – the Serbian National Report refers to this principle (22).

The American Federal Rules of Civil Procedure have been the pace-maker of the opposite approach by constituting a wide range of obligations to disclose the substantial facts to the other party. In this case, the international development seems to go the other way round: While in the field of the “division of labour” between the parties and the court the mainland European approach has been the guideline for legal reform concerning the evolution of the law of evidence all over the world, in this case, the American approach seems to be the more effective, and one may say the more “modern” one. Not only English law, but also French procedural law – which is without doubt the “mother” of modern civil law procedure – went through a process of a reception of the new American approach.

The principle of *nemo contra se edere tenetur* seems to be a fruit of the long-time joint development of penal and civil procedure. While there is no doubt, that it is one of the fundamental principles in every civilized system of penal procedure, its *raison d'être* in the field of civil litigation seems to a very weak one. Most of the jurists in systems, where it is still “in force” to-

---

(20) Cfr. eg SCHLOSSER, *Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne*, JZ, 1991, 599; LORITZ, *National Report Germany*.

(21) LORITZ, *National Report Germany*; WALTER, *National Report Switzerland*; KLIČKA, *Aufklärungspflichten und Auskunftspflichten im österreichischen Zivilprozessrecht*, *Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler*, 1991, 229.

(22) RAKIĆ-VODINELIĆ/SVILANOVIĆ, *National Report Serbia*.



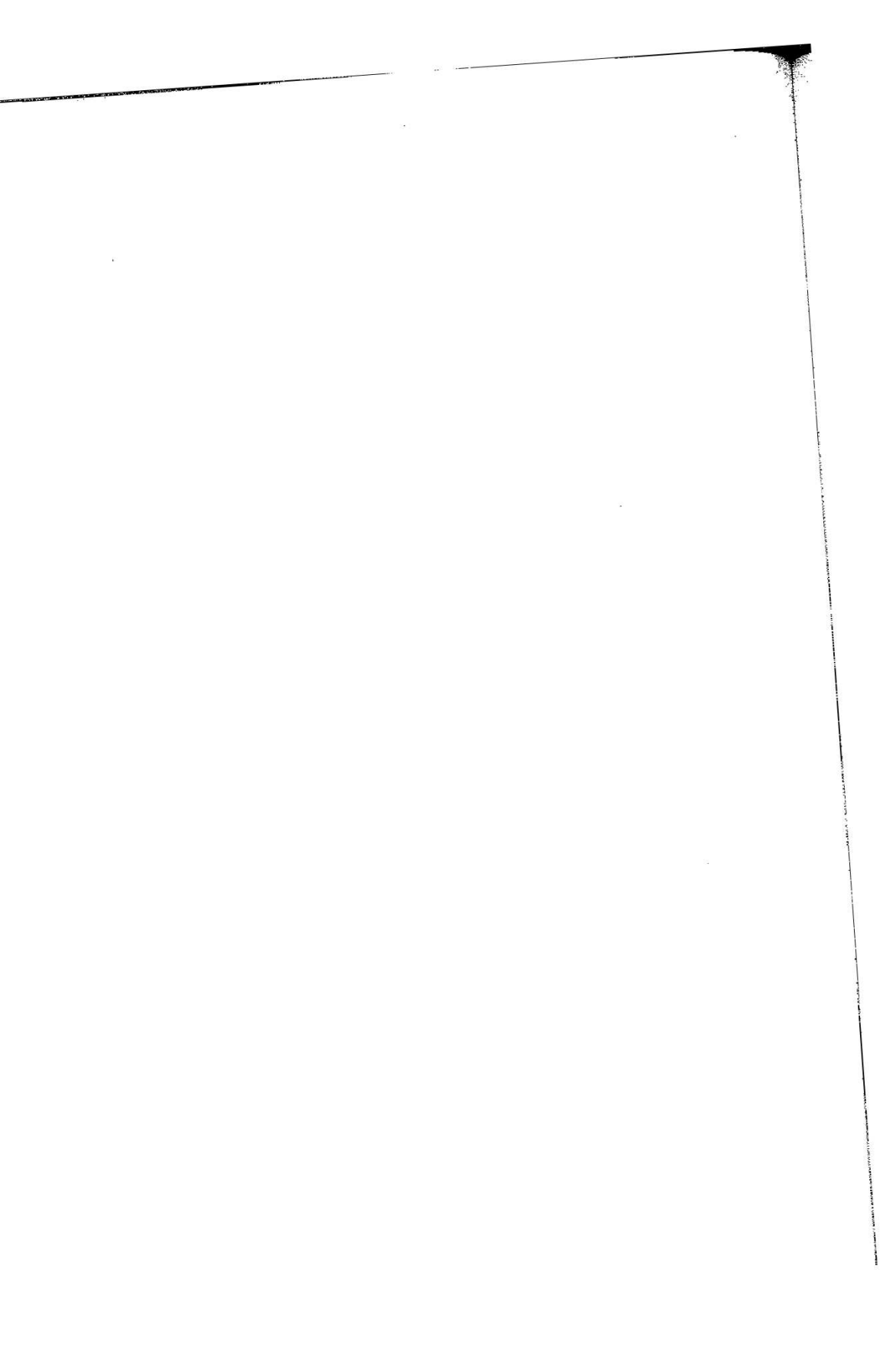
day actually do admit, that some kind of change in reference to this principle is necessary. The problem on the level of transnational litigation is, that the American development is lightyears ahead – and went perhaps too far in certain aspects. From the point of view of many countries, the obligation to tolerate what is known as a “fishing expedition” is a serious violation of the individuals privacy and therefore also of the sovereignty of the state, where it ought to be tolerated. It cannot be denied that a state, which strongly emphasizes the privacy of its citizens and especially the aspect of data privacy, may have good reasons to block expeditions of that kind. Perhaps the 1993 modifications of the US Federal Rules are a first step in the direction of a more balanced system (23).

From our point of view, the disclosure of the relevant facts – and again, the emphasis lies on “relevant”! (24) – is an intricate step by step–process, which has to be guided by the potential relevancy of the evidence, which is to be taken, in the light of the facts, which are already known to the court or the parties. Neither *nemo contra se edere tenetur*, nor the idea of “fishing” for evidence can live up to this postulate. Nevertheless, the international trend seems to shift towards a more open–minded approach concerning the obligation to disclose relevant facts. Especially the development of measures like the English “Anton Piller orders” or the French “*saisie contre-falçon*” seem to show, that there are certain cases, where speedy and complete disclosure of the material facts is the one and only key to justice.

---

(23) Cfr. HAY, *Informationsbeschaffung über schriftliche Unterlagen und Augenscheinsobjekte im Zivilprozeß*, lecture at the Tagung der Vereinigung für internationales Verfahrensrecht und Schiedsgerichtsbarkeit, 1995, in press.

(24) See also *Federal Rules of Civil Procedure*, Rule 26 (a), which refers expressly to the principle of relevance.



*LEX FORI* VERSUS *LEX CAUSAE* –  
HOW TO QUALIFY RULES OF EVIDENCE.

The authority of the traditional *lex fori*-rule has been challenged in many ways, but there is no field where its lack of ability to solve conflicts of law has become as obvious as in the law of evidence. Usually, two questions used to be mixed up in this context: The first one is, whether the law of evidence (or a single rule of evidence) is procedural or substantive law. We do believe that the character of the complex of the rules of evidence as a whole as a guideline for the court's fact-finding shows its procedural nature (25). But on the one hand this – rather aristotelic – observation does not answer the question how to solve conflicts of law in this field. So the second question is: In which cases does the *lex fori*-rule apply to rules of evidence? On the other hand, there is a large number of rules not belonging to the law of evidence, but do have a close relation to this field, as for example rules governing the formalities which have to be observed in concluding a contract. Theoretically, there is a clear distinction between these rules, which belong eg to the (substantive) law of contracts, and the law of evidence; practically – and especially, when the courts have to figure out the content of foreign law – sometimes it is very hard to differentiate: For example, the differentiation between contracts which have to be in

---

(25) See RECHBERGER in RECHBERGER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, (1994), Rz 12, vor § 266.

writing and contracts only requiring evidence in writing is unknown in many countries – so the courts of these countries sometimes have severe problems dealing with (for example) English law (26). Then again, the differentiation between substantive and procedural law is helpful, but not the decisive rule for the decision of conflicts of law in this field – it is the function of a rule within its national context that counts (27).

It is impossible to discuss the broad variety of problems, which have been brought to our mind by the submitted national reports. Typically, they concern (in rather general terms) questions of the onus probandi, of legal presumptions, of the (in)admissibility of (certain) evidence in general or in certain cases. It would require a deep insight into the intricate linkage between these rules and the national substantive law to understand their function within their national systems. In many cases, even the jurists back home discuss the qualification of certain rules; so for example the qualification of the rules concerning the burden of proof are a point of discussion almost everywhere – and the prevailing opinion differs even within the same “legal family”. Normally, a foreign judge will not be able to reach the necessary level of knowledge; so it is understandable that most courts still stick to the *lex fori* rule (28). From our point of view, there is also a hint of truth in this simplifying approach: We do believe that a “*in dubio pro lege fori*”-rule could meet the needs of transnational litigation in most cases (29). That means that the *lex fori* should be applied in every case, unless it can be established that there is a clear substantial link between a certain rule of evidence and the substantive *lex causae*, which justifies the application of the *lex causae*-rule also on the rule of evidence. The nature of this “substantial link” still leaves enough to discuss about for at least a generation of jurists. On the other

---

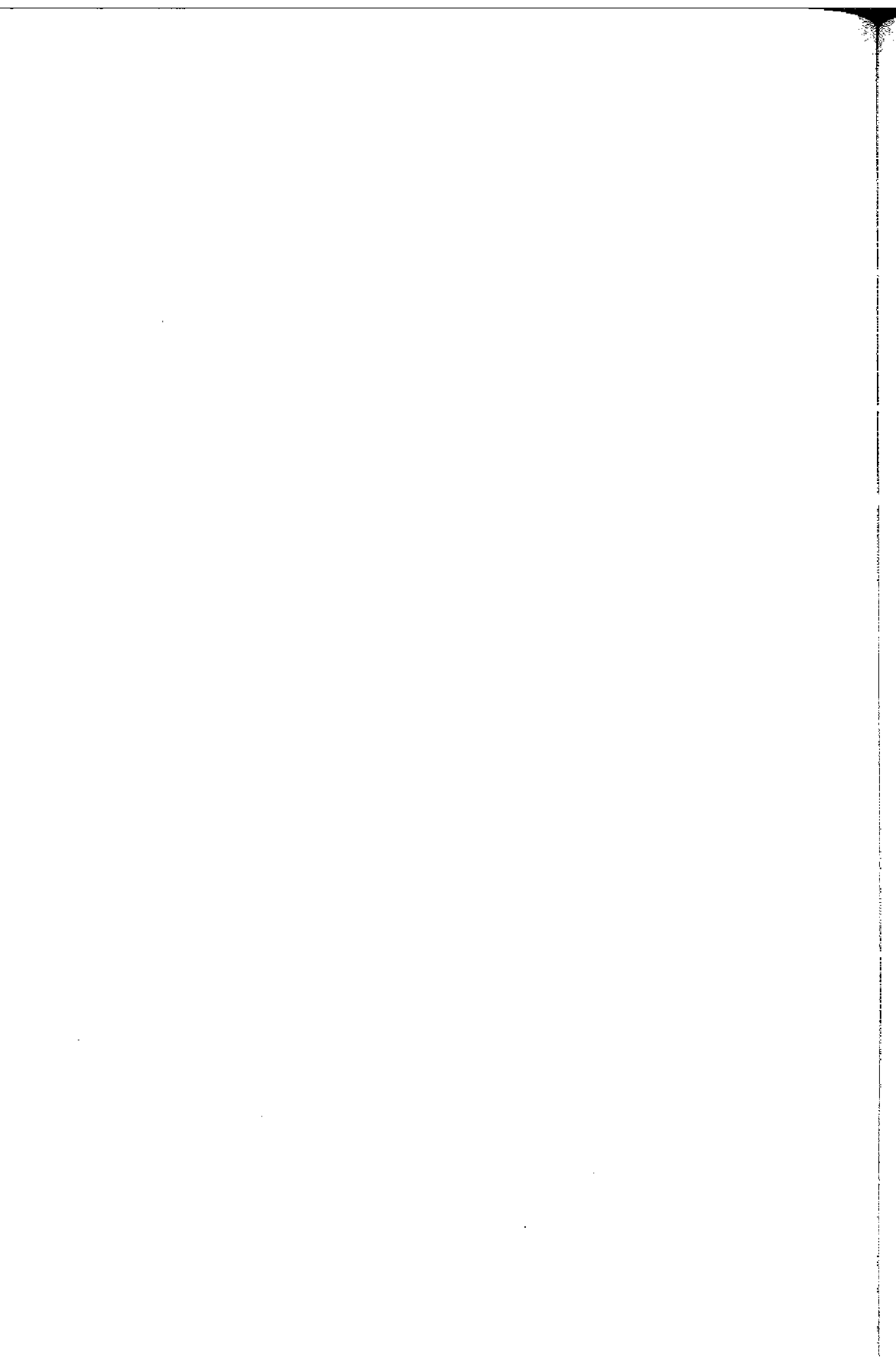
(26) See FENTIMAN, *National Report England*.

(27) See COESTER-WALTJEN, *Internationales Beweisrecht*, (1983), 66.

(28) See eg YILDRIM, *National Report Turkey*.

(29) MORELLO/SOSA, *National Report Argentina*.

hand, one should also try to find typical characteristics of procedural rules, which are the expression of the legislative interest in the domestic system of litigation (which seems much more rewarding than searching for typical characteristics of substantive law!). So – for example – rules concerning the burden of proof in certain constellations of substantive law will clearly require the application of the *lex causae* because of the obvious linkage to a certain rule of this *lex causae*; on the other hand, rules that tell the court to base its decision on a certain level of probability in general seem to be a mere expression of the domestic concept of justice and have no substantial link to certain rules of the *lex causae*; therefore, the *lex fori* should be applied in this case.



ASCERTAINMENT OF THE CONTENT OF THE  
FOREIGN LEX CAUSAE: IURA NOVIT CURIA VERSUS  
FOREIGN LAW AS A POINT IN ISSUE (30).

4.1. *General.*— Once it has been established that a particular dispute is to be adjudicated according to a foreign legal order, the respective roles of the court and the parties in the *application* of the relevant foreign law comes into focus. Whereas the former is a question of a substantive nature, the latter is clearly an issue of a procedural nature, and as such subject to the procedural law of the forum (31).

The main questions that arise for discussion in this regard can be formulated as follows: (32)

---

(30) The informative article of SASS, "*Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative Survey*" 1968 *Am Jour of Comp Law*, 332 has been of much assistance in regard to this topic. Other sources that provided us with very useful general information on the subject include CAPPELLETTI "*Ex-Officio Application of Foreign Law: The Comparative Method as an Answer in Cases where the Foreign Law cannot be Ascertained*", 1970, *CILSA*, 49; FORSYTH, *Private International Law*, (1990), ch 4; KAHN-FREUND, *General Problems of Private International Law*, (1976), ch XI; O'MALLEY, and LAYTON, *European Civil Practice*, (1989), part 1, ch 9 and part 3; COLLINS, (gen ed) *Dicey and Morris on The Conflict of Laws*, (1993), Vol. 1, ch 9; MCCLEAN MORRIS: *The Conflict of Laws*, (1993), ch 3; ANTON, *Private International Law*, (1967), 565 et seq.

(31) SASS, "*Foreign Law in Civil Litigation*", 1968, *Am Jour of Comp Law*, 332.

(32) Cfr. SASS, *op. cit.*, (n 30) 334; CAPPELLETTI "*Mandatory Ex-Officio Application of Foreign Law ...*", 1970, *CILSA*, 49. A subsidiary question that arises is whether an error in the application of foreign law should be subject to rectification on appeal to a higher tribunal? — Cfr. SASS, 334 n 2; FORSYTH, *Private International Law*, 84 n 8. This question falls outside the scope of this paper.

(I) Who should take the initiative to introduce the foreign law into the proceedings: should it be for the parties to make a request in this regard or should the judge be duty-bound to apply such law *ex officio*, regardless of the parties' will?

(II) How should the content of the applicable foreign law be established: should the party asserting the foreign rule of law carry the burden of proving such rule or should it be for the court to ascertain the content of the foreign law? In this regard the question further arises whether the judge should merely be allowed to determine the foreign rule or whether he/she should be obliged to do so.

(III) What should the judge do if the content of the foreign law applicable to the dispute could not be ascertained?

To our mind the answers to these questions depend to a large extent on the nature of the judicial process obtaining in the forum in question (33). This means that the role of the judge and the parties will, generally speaking, be the outstanding feature determining the approach of a given system in regard to the application of foreign law. The well-known divide between the common law orientated systems embracing the concept of a passive judge and the continental systems advocating the idea of an active judicial function is, therefore, also evident in this context (34). But, as we shall see, there are notable exceptions, such as France that follows an approach unlike the one adopted by most continental countries.

4.2. *Broad approaches in regard to the application of foreign law.*— The first requirement for the application of foreign law is that the case in question must contain a connection factor. This

---

(33) Cfr. FORSYTH, *Private International Law*, 84; SASS, *op. cit.*, (n 30) 365–371.

(34) In regard to the role of the judge and the parties in these respective systems, see DE VOS, *Grondslae van die Siviele Prosesreg.* (1988, LLD thesis, RAU), 57 et seq, where the prominent authorities are collected.



is a foreign element that connects the case with a particular foreign legal system and renders the latter's law applicable *in casu* (35). In general, it is for an interested party to allege and prove the existence of facts indicating the presence of such a factor. But legal systems differ in regard to the steps that must follow to activate the court into applying the foreign law. It would be expedient for purposes of our discussion of the topic to adopt the classification proposed in the instructive study of Sass (36). In terms hereof three broad approaches can be identified amongst modern legal systems, including those systems in respect of which national reports have been received.

4.2.1. *The parties' initiative.*— In terms of the first approach the application of foreign law depends entirely on the initiative of the parties. Foreign law is, therefore, applied at the request of the interested party only. This means that the litigant who relies on foreign law must not only establish the presence of a connecting factor, but must also allege and prove the content of the applicable foreign legal rule. It follows further that, according to this approach, foreign law is regarded as a question of fact, which is to be established by means of evidence.

The principle of party initiative is best illustrated by having regard to the *English model*. English law is founded on the cardinal rule that foreign law is a question of fact that must be pleaded and proved by expert evidence (37). This is the result of the common law courts' aversion to foreign law that persisted until the middle of the eighteenth century, coupled with the principle of party control that holds sway in English procedure.

---

(35) SASS, "Foreign Law in Civil Litigation", 1968; *Am Jour of Comp Law*, 334.

(36) *Op. cit.*, (n 30), 334-335.

(37) FENTIMAN, *National Report, England*, 10; see further *Dicey and Morris, op. cit.*, (n 30), 226; O'MALLEY and LAYTON, *European Civil Practice*, 230; MCCLEAN, *Conflict of Laws*, 36; SASS, "Foreign Law in Civil Litigation", 1968; *Am Jour of Comp Law*, 339.

When these courts eventually succumbed to the notion to apply foreign law under influence of the doctrine of comity (38) they did so according to the typical English judicial style. By leaving it to the interested party to plead and prove foreign law as a fact, the courts preserved their position of detachment and neutrality.

It seems rather odd to treat foreign law as facts, but this approach is the result of historical developments in England and it has become firmly entrenched in their system. However, courts and commentators are not so unrealistic as to regard foreign law as *pure fact*. This is borne out by the remark of Cairns J. in *Parakashov Singh* (39) that foreign law "is a question of fact of a peculiar kind". In accordance with this realisation, foreign law is treated as a question for the decision of the judge alone, even when he is sitting with a jury, and an appellate court would more readily substitute its own findings of foreign law for those of a lower court than in respect of ordinary questions of fact (40).

The rule in regard to the *pleading* of foreign law holds, in essence, that the interested party must plead the substance and effect of the applicable foreign law in his pleadings (41). If neither of the parties plead foreign law the case would be treated as purely domestic in character, despite the presence of a foreign element (42).

In regard to the *proof* of foreign law the party concerned is required, as a rule, to prove the content of such law by the presentation of oral evidence of (an) expert witness(es) (43). There

---

(38) SASS, *op. cit.*, (n 30), 338. Cfr. also FORSYTH, *Private International Law*, 34.

(39) [1968] p. 233 in HOYLE, *Private International Law: Cases and Materials* (1968), 119.

(40) O'MALLEY and LAYTON, *European Civil Practice*, 230.

(41) SASS, "Foreign Law in Civil Litigation", 1968; *Am Jour of Comp Law*, 339. Cfr. also O'MALLEY and LAYTON, *European Civil Practice*, 231.

(42) FENTIMAN, *National Report England*, 10. Fentiman points out, however, that the pleading of foreign law can be regarded as mandatory in a few exceptional cases - 10-11.

(43) O'MALLEY and LAYTON, *European Civil Practice*, 232-233; *Dicey and Morris op. cit.*, (n 30), 230.

are no fixed qualifications required in this regard, but such a witness must obviously have adequate qualifications and experience to speak with authority on the subject (44).

The English model makes provision for certain other means of proving foreign law, but they are rarely employed. These include (45):

- (I) The mechanism under the British Law Ascertainment Act 1859, whereby judicial assistance may be sought from the courts of Commonwealth countries on the content of their laws;
- (II) official certification by a government official;
- (III) proof by affidavit alone; and
- (IV) judicial assistance under the 1968 European Convention on Information on Foreign Law. (Apparently, this mechanism has never been employed in English proceedings (46)).

An outstanding feature of the English system is that virtually no provision is made for the judicial notice of foreign law (47). This is, of course, entirely in accordance with the notion of a passive judge that does not conduct his own researches into material of proof. English judges play even a passive role in regard to findings of law. They are well-known for their elaborate and eloquent judgments, but the principle of judicial unpreparedness enjoin them to rely almost entirely on counsel to identify the relevant legal authorities (48).

The *other common law countries* that have submitted national reports, namely Australia, Botswana, Swaziland and Nigeria, (49)

(44) See O'MALLEY and LAYTON, *European Civil Practice*, 232-233.

(45) FENTIMAN, *National Report, England*, 11; O'MALLEY and LAYTON, *European Civil Practice*, 235-240.

(46) FENTIMAN, *National Report, England*, 12.

(47) Judicial notice may be taken of a foreign rule of law if it amounts to a notorious fact and it may take place at the request of both parties - O'MALLEY and LAYTON, *European Civil Practice*, 236; FENTIMAN, *National Report, England*, 11.

(48) Cfr. MANN, "Fusion of the Legal Professions", 1977, *Law Quarterly Review*, 367-369; KÖTZ, "The Role of the Judge in the Court room: the Common Law and Civil Law Compared", 1987, *TSAAR (Journal of SA Law)*, 35-38-39.

(49) See REINHARDT, *National Report, Australia*; KAKULI, *National Report, Botswana*; MAZIYA, *National Report, Swaziland*; AKINOLA, *National Report Nigeria*.

all subscribe to the rule that foreign law is a question of fact, which is to be proved by expert evidence. Although differences occur between these systems and the English model (50), they conform in all material respects to the English approach.

The fact-characterization of foreign law also prevails in the "mixed legal system" of *Scotland* (51). And it obtains equally in the hybrid *South African* system, although the latter has recently made provision for a judicial discretion whereby judges can take notice of foreign law (52).

The common law heritage of the *United States* of America ensured that it also adopted the fact treatment of foreign law. But as regards the position of the states *inter partes*, this practice has been replaced in most states by the mechanism of judicial notice. A number of states have gone even further by extending the principle of judicial notice to the laws of foreign countries as well (53).

Due to the desire of medieval jurists on the Continent "to promote the expansion of Roman law at the expense of local laws" (54), *civil law countries* developed their own fact doctrine in regard to foreign law. The end result, in the late nineteenth century, was that the maxim *iura novit curia* was reserved for the updated Roman law and the statutory law of the forum. Unwritten customary laws of the forum and the laws of foreign

---

(50) In Botswana, for example judicial notice is taken of the laws of its neighbouring countries, namely Namibia, Zambia, Zimbabwe and South Africa - KAKULI, *op. cit.* (n 49), 12.

(51) SASS, "Foreign Law in Civil Litigation", 1968; *Am Jour of Comp Law*, 347; ANTON, *Private International Law*, 565 et seq; O'MALLEY and LAYTON, *European Civil Practice*, 1539.

(52) See MALAN *et al National Report South Africa*, 34 et seq; HOFFMANN and ZEFFERT, *The South African Law of Evidence* (1988), 427; SCHMIDT, *Bewysreg* (1989), 189. See further *infra*.

(53) Since no national report was forthcoming from the United States this brief description is subject to correction. See SASS, "Foreign Law in Civil Litigation", 1968; *Am Jour on Comp Law*, 340-347; CAPPELLETTI, "Mandatory Ex-Officio Application of Foreign Law", 1970, *CILSA*, 49-50 n 1.

(54) SASS, *op. cit.* (n 30), 351.

countries (or, initially, other city states) came to be treated as facts that had to be proved by the interested party (55). However, the latter part of the nineteenth century was a turning point. Since then the fact doctrine has been discarded by virtually all civil law countries in order to make way for the *ex officio* application of foreign law (56).

4.2.2. *Via media: judge's discretion.*— The *via media* approach adopts a position in between two opposites. It embraces the notion that the court will, as a rule, not consider foreign law, even if the existence of a connecting factor has been shown, unless the interested party raises it and proves its content; but the court has a discretionary power to apply foreign law, even against the will of the litigants. This approach also proceeds from the premise that foreign law is a question of fact, but it does not adhere as strictly to this rule as the first-mentioned mode.

*France* has been cited as a good example of the *via media* approach (57). Until the late nineteenth century the French courts adhered quite strictly to the practice of treating foreign law as a question of fact. This attitude was rooted in the high esteem in which the French legal profession held the French codified law. Other Continental laws, which were mostly uncodified, were regarded as inferior and unworthy of equal treatment to French law. Consequently, the courts were not disposed to ascertain foreign laws on their own motion, but left it to the parties concerned to prove such laws as facts. However, since the turn of the century a new trend has emerged in France, which was due to the influence of German and French legal scholars. It involves a departure from the strict fact-treatment of foreign law

---

(55) SASS, *op. cit.* (n 30), 350.

(56) See par 4.2.3 *infra*. See SASS, *op. cit.* (n 30), 353 for a few exceptions.

(57) SASS, *op. cit.* (n 30), 354–356; O'MALLEY and LAYTON, *European Civil Practice*, 1266–1267. Unfortunately, no report was received from France.

and the recognition of a judicial discretion to apply such law. Sass summarises the present-day position in France in these words:

“Based on a synthesis of French jurisprudence, the present rule is that in general foreign law will not be applied by the courts unless the interested party refers to such law and proves its content, but the courts have a discretionary power to ascertain and apply foreign law on their own volition regardless of the parties’ desire” (58).

Although Sass characterises *Spain* as a system that still embraces the fact doctrine (59), the Spanish report suggests a different picture. It seems to us that Spain has also opted for the *via media* approach. Although it is in principle for the party relying on foreign law to prove its content, the judge is empowered to play an active role in the ascertainment and verification of the law in question (60). Other countries that seem to belong to this broad category include *Brazil* (61) and *South Africa* (62).

4.2.3. *Mandatory ex officio application.*— The third approach holds that the court is bound to consider foreign law *ex officio*, regardless of the will of the parties, whenever the presence of a connecting factor has been established. It follows from this mode of thought that foreign law is to be treated strictly as a question of law, which is to be determined by the judge. Thus,

---

(58) “*Foreign Law in Civil Litigation*”, 1968; *Am Jour of Comp Law*, 355.

(59) *Op. cit.* (n 30), 351.

(60) C. de Miguel ALONSO, *National Report, Spain*, 7 et seq.

(61) JR dos Santos BEDAQUE, *National Report, Brazil*, 6–7. According to this report the plaintiff relying on foreign law “as basis for his pleading, .. can be asked to prove the text and force of such law by the judge” (7).

(62) MALAN *et al National Report, South Africa*, 34–37. Although it is for the party concerned to allege and prove the relevant foreign law, the judge has a discretionary power to take judicial notice of such law, in as far as it “can be ascertained readily and with sufficient certainty” (35).

the principle of *iura novit curia* is also extended to the application of foreign law.

The modern trend among most civil law countries, including those systems that fall under the civil law sphere of influence, has been to discard the traditional fact doctrine for the mandatory *ex officio* application of foreign law. This development was initiated by Savigny's influential theory on the law of nations, which was published in 1849 and thereafter adopted and propagated by many leading Continental legal scholars (63). And it culminated in the provisions of codes and the judgments of courts of several Continental countries. In some of these countries, such as Germany and Austria, where the code provisions on the *ex officio* application of foreign law were merely enabling, the courts went so far as to give mandatory effect to them (64). And in Italy the mandatory *ex officio* application of foreign law was achieved by way of court decisions (65).

It would not be feasible to refer in any detail to all the reports received from the number of countries falling into this category (66). Suffice it to mention the common features of these systems. They all regard foreign law as a matter of law that the judge is bound to decide, by virtue of the maxim *iura novit curia*. This principle does not mean, of course, that the judge is

(63) Savigny's theory on international conflicts law is contained in his *System des heutigen Römischen Rechts* (1849), Vol. 8, pp 24-28 - cited by SASS, "Foreign Law in Civil Litigation", 1968; *Am Jour of Comp Law*, 358.

(64) SASS, *op. cit.* (n 30), 366.

(65) *Ibid.* See further CAPPELLETTI, "Mandatory Ex-Officio Application of Foreign Law", 1970, *CILSA*, 49 54-56.

(66) These include: RECHBERGER and PFEILER, *National Report, Austria*; LORITZ, *National Report, Germany*; WALTER, *National Report, Switzerland*; KENGYEL, *National Report, Hungary*; BROECKX, *National Report, Belgium* (The courts in this country initially followed the practice of their French counterparts; but in 1980 the supreme court delivered a judgment making it obligatory for the court to apply foreign law *ex officio* - 13, and see SASS, "Foreign Law in Civil Litigation", 1968; *Am Jour of Comp Law*, 356); WINTEROVA, *National Report Czech Republic*; DIKA and UZELAC *National Report, Croatia*; RAKIC-VODINELIC, *National Report Yugoslavia*; IKEDA *et al National Report, Japan*; MORELLO and SOSA, *National Report, Italy*.

supposed to know foreign laws. It rather means that the judge has the duty to ascertain the content of such law by whatever means he finds appropriate. Since the judge cannot be expected to apprise himself of the content of all foreign laws by means of his own endeavours, most legal systems make provision for certain mechanisms to assist him in his task. So, for example, the judge may (67):

(I) request the parties to provide him with information on the relevant law;

(II) request an expert opinion from an appropriate source, such as an institute of comparative law;

(III) obtain information from diplomatic representatives in the foreign country; and

(IV) obtain information through the channels provided for under the European Convention on the Information on Foreign Law of 1968 (provided, of course, that the countries concerned are parties to the convention).

In most cases the interested party would, of course, invoke the relevant foreign law. But even if this is not done, the court is still obliged to consider such law if the necessary connecting factor is present (68).

These features are closely linked with the notion of an active judicial function, which has gained acceptance in civil law countries since the late nineteenth century. The principle of judicial control, which applies generally in these systems, enjoins the judge to play an active and controlling role in establishing the facts. And the maxim *iura novit curia* requires the judge to find the law on his own motion. From these premises it follows naturally that foreign law should be regarded as a matter of law,

---

(67) See, for example, WALTER, *National Report Switzerland*, 13; BROECKX, *National Report, Belgium*, 14-15; Cfr. also SASS, "Foreign Law in Civil Litigation", 1968, *Am Jour of Comp Law*, 365.

(68) Cfr. SASS, *op. cit.* (n 30), 365; BROECKX, *National Report Belgium*, 13.



which the judge is duty-bound to decide *ex officio* (69).

4.3. *What should happen if foreign law could not be ascertained?*— In the event that the interested party fails to prove the content of the relevant foreign law or the court cannot ascertain the same, depending on whether the fact- or *ex-officio*-treatment of foreign law obtains, the judge is faced with a dilemma. Although nobody could expect the parties or the judge to perform a miracle in such an event, the domestic conflict laws and international goodwill require that the foreign law be applied in the case. But since it is impossible to apply an unknown law, other possible solutions must be considered. It seems to us that the following are the main options in this regard (70).

4.3.1. *Dismissal of action or defence.*— From the perspective of the fact-treatment of foreign law, it seems logical that the party who fails to prove such law must fail in his action or defence, as the case may be. The reason is simply that he has failed to establish one of the essential "facts" upon which his claim or defence is based (71). Although this solution is logically justified, it has not found much support amongst courts and legal scholars. Kahn-Freund says it "is apt to lead to serious hardship" (72), whilst another commentator calls it "a denial of jus-

---

(69) Cf. SASS, *op. cit.* (n 30), 369-370; FORSYTH, *Private International Law*, 84; CAPPELLETTI and JOLOWICZ, *Private Interest Parties and the Role of the Judge in Civil Litigation* (1976), 167 et seq; DE VOS, *Grondslae van die Siviele Prosesreg.*, 140.

(70) This brief exposition is based on the following sources: KAHN-FREUND *General Problems of Private International Law*, 278-280; FORSYTH, *Private International Law*, 91-93; DICEY and MORRIS *op. cit.* (n 30), 238; CAPPELLETTI, "Mandatory *Ex-Officio* Application of Foreign Law", 1970, *CILSA*, 56 et seq; SPIRO, "Foreign Law", 1972, *CILSA*, 56; KAHN, "What Happens in a Conflicts Case when the Governing Foreign Law is not Proved?", 1970, *SA Law Journal*, 145.

(71) KAHN-FREUND, *General Problems of Private International Law*, 278.

(72) *Ibid.*

“tice” (73). In our view this option has rightly been rejected by different systems worldwide.

4.3.2. *Apply a corresponding rule of a similar legal system.*— According to this method the judge must endeavour to find a corresponding rule in another familiar legal system that is similar to the applicable foreign law. Although this solution has found support in Germany (74), it seems a rather dubious exercise to us. Kahn-Freund describes it as “a dangerous prescription” (75) and adds succinctly:

“If, e.g., a German court cannot find out what is the precise ruling given by Belgian law, what justifies it in assuming that it is identical with that given by French law which it happens to know? The fact that the Belgian and French Codes are largely the same tells us nothing about the way they are applied by the courts” (76).

4.3.3. *Apply the principle shared by “civilised” nations.*— This approach enjoins the judge to “apply what he considers as general principles shared by ‘civilised’ nations, ‘equity and good conscience’” (77). In effect it is based on the assumption that the issue before the court would be similarly treated by the laws of all civilised countries. And since the forum obviously belongs to this category of nations the court would most probably apply

---

(73) SPIRO, “*Foreign Law*”, 1976, *CILSA*, 65, referring to ZAJTAY, “*Le Traitement du Droit Etranger dans le Procès Civil*”, 1968, *Riv. di Dir Internaz priv. e Process*, 233 et seq 269–270.

(74) KAHN-FREUND, *General Problems of Private International Law*, 278 and 308 n 17; it has also attracted some support in Japan – IKEDA *et al National Report, Japan*, 14.

(75) *Op. cit.* (n 30), 278.

(76) 278–279.

(77) KAHN-FREUND, *op. cit.* (n 30), 279.

the *lex fori* (78) To us it seems a rather laborious way to reach the desired end. It is submitted that the same result could be achieved by a simple straightforward argument (79).

4.3.4. *The comparative method.*— According to Cappelletti, who advocates this method, “the problem can be solved by a ‘comparative solution’, i.e. by using the resources of comparative law in choosing the solution which seems most likely to be the one which would be adopted by the foreign court” (80). This approach might lead the judge to apply the law of the forum or to dismiss the claim or to make another appropriate ruling, depending on what his comparative analysis indicates as the probable solution given by the foreign law in question (81). Although this approach has the advantage of flexibility we doubt whether it would provide a feasible solution to the problem. It is very similar to the second approach above and we submit that the criticism in respect of the latter also applies here (82). In our view the reliability of this method would depend largely on the ability of the judge to conduct the required comparative research. Although there are certainly many judges who possess the necessary qualities, it seems unrealistic to expect judges generally to be able comparativists.

4.3.5. *Apply the lex fori.*— This approach entails that, in the absence of proof of the foreign law, the judge applies the law of the forum. The application of the *lex fori* is certainly not the ideal solution, since it negates the operation of the domestic conflict of laws. But, to quote Zajtay, it is the “solution la plus

---

(78) Cfr. SPIRO, “*Foreign Law*”, 1972, *CILSA*, 66.

(79) See *infra* par 4.3.5.

(80) “*Mandatory Ex-Officio Application of Foreign Law*”, 1970, *CILSA*, 60.

(81) CAPPELLETTI, *op. cit.* (n 30), 60–61.

(82) See par 4.3.2.

pratique, sans être parfaite" (83). It should be noted that some systems achieve this result by means of a presumption based on pure fiction. This method entails "that in the absence of proof to the contrary foreign law is presumed to be identical with the *lex fori*" (84). It goes without saying that this presumption has little bearing on reality. It is simply a rule of convenience that facilitates the resolution of a dispute in such an event, by applying the law of the forum (85). The question arises why a fiction should be used if the same result could be achieved by simply applying the *lex fori* on pragmatic grounds. The underlying reason is probably to adhere to the domestic conflict of laws by applying the applicable "foreign law". Needless to say, this amounts to mere lip-service.

In any event it seems that the presumption of identity is losing ground to the pragmatical approach (86). The latter holds that, in the absence of proof of the foreign law, the *lex fori* is applied as the only law at the judge's disposal. Kahn-Freund justifies this solution as follows:

"The justification is unashamedly pragmatic: the dismissal of the action has been shown to lead to intolerable hardship ... and

---

(83) Cited by SPIRO, "Foreign Law", 1972, *CILSA*, 66 (see n 73 above).

(84) KAHN-FREUND, *General Problems of Private International Law*, 279. This approach is especially evident in the countries that treat foreign law as a question of fact - see e.g. *Dacey and Morris*, 238 in respect of England. But the authors also indicate that this approach is in the process of being abandoned; Cfr. further MAZIYA, *National Report, Swaziland*, 17; AKINOLA, *National Report, Nigeria*, 7; MALAN *et al National Report, South Africa*, 38.

(85) Cfr. SPIRO, "Foreign Law", 1972, *CILSA*, 63; *Bank of Lisbon v Optichem Kunsmis (Edms) Bpk*, 1970, 1, SA, 447 (W), 451 referred to in MALAN *et al National Report, South Africa*.

(86) Cfr. KAHN-FREUND, *General Problems of Private International Law*; *Dacey and Morris*, op. cit. (n 30), 238; FENTIMAN, 1992, *LQR*, 142, 147-148. See also the following reports: RAKIC-VODINELIC, *National Report, Yugoslavia*, 17; RECHBERGER and PHEILER, *National Report, Austria* ("Solely if ascertainment is absolutely impossible, the application of Austrian law is permitted"), 3; IKEDA *et al National Report, Japan* (other solutions also recognised), 13; FENTIMAN, *National Report, England* (in the absence of proof of foreign law, "the court must apply English law by default"), 10.

the other solutions are unrealistic. No one has so far suggested a better solution – the watchword is *faute de mieux*" (87).

The application of the *lex fori*, whether by means of the presumption of identity or on the basis of pragmatism, definitely enjoys the support of the majority of countries that have come to our attention. It seems that some of the common law procedural systems still cling to the presumption of identity (88), whereas the Continental countries prefer the pragmatic approach (89). What is notable, further, is that the *lex fori* approach is not confined to a particular procedural law family, but it is common to both the common law countries and the Continental European systems (90). Perhaps the following dictum attributed to a French judge expresses the general sentiments of courts on the question of foreign law:

"J'aime mieux que les tribunaux français, quand cela leur est permis, jugent d'après la lois française que d'après une lois étrangère qu'ils ne connaissent pas. J'aime mieux la lois francaise que la loi étrangère" (91).

Although the last sentence of the dictum might be deplored by some as a "manifestation of national arrogance" (92), we submit that the first makes evident sense.

---

(87) *General Problems of Private International Law*, 280.

(88) See e.g. AKINOLA, *National Report, Nigeria*, 7; MAZIYA, *National Report, Swaziland*, 17; MALAN *et al National Report, South Africa*, 38 (in the latter two countries substantive law is of Roman Dutch origin, whilst procedural law is based on the English model).

(89) See e.g. RECHBERGEN and PHEILER, *National Report, Austria*, 3; RAKIC-VODINELIC, *National Report, Yugoslavia*, 17. Cfr. further generally O'MALLEY and LAYTON, *European Civil Practice*, Part 3, 1165 et seq.

(90) Cfr. KAHN-FREUND, *General Problems of Private International Law*, 279.

(91) *Soulier* case Cass req 9-3-1910, DP 1912-1-262 referred to by KAHN-FREUND, *op. cit.*, (n 30), 280.

(92) Cfr. FLEMING, 1951, *Australian LJ*, 406 cited by SPIRO, "Foreign Law", 1972, *CILS.A*, 63.

For the sake of completeness it should be noted that foreign law, which has been indicated as the applicable law in a given case, will be excluded if its application would be contrary to the public policy of the forum (93).

---

(93) Cfr. KAHN-FREUND, *General Problems of Private International Law*, 281 et seq; MCCLEAN, *Morris The Conflict of Laws*, 41 et seq; FORSYTH, *Private International Law*, 93 et seq. Penal and revenue laws are two well-known examples of foreign laws that are, as a rule, not enforced reciprocally between countries - *ibid.*

## INTERNATIONAL JUDICIAL ASSISTANCE IN OBTAINING EVIDENCE.

5.1. *General.*— The essential question for discussion under this heading is what reciprocal assistance the courts or judicial authorities of different countries provide in order to obtain evidence for purposes of transnational litigation. Such assistance has obviously become essential in our modern-day society, which is characterised by mass-production, international trade, global interaction and, therefore, a high potential for international litigation.

Most countries accept the need for international judicial assistance and are, therefore, willing to cooperate in regard to the procurement of evidence and related matters (94). Although the same measures are common to most countries, there is a distinct difference of approach between the common law systems and the civil law countries. Generally speaking, the common law systems follow a passive and informal approach by permitting the parties or foreign authorities to seek out the evidence themselves (95). In our view this method should be explained by virtue of the principle of party control, in terms of which the procurement of evidence is regarded as the sole responsibility of

---

(94) The service of documents in foreign countries is another important matter that forms the subject of international judicial cooperation – see O'MALLEY and LAYTON, *European Civil Practice*, 79 and 189.

(95) Cfr. O'MALLEY and LAYTON, 189 – 190 and 200 et seq.

the parties (96). The continental systems, on the other hand, are characterised by a more active and formal style. Consequently, the courts or authorities of a particular country are actively involved in procuring evidence for use in a foreign court. In our opinion this attitude, in turn, is based on the principle of judicial control, which holds that the procurement of evidence is part of the judicial function. It follows that the actions of foreign parties or authorities to obtain evidence on local soil would offend against the judicial sovereignty of the forum (97).

5.2. *Principal methods of obtaining evidence.*— Each country has its own rules regulating the methods whereby evidence may be obtained on local soil for use abroad. O'Malley and Layton correctly observe that:

“[t]hese rules may vary depending on which country is seeking the assistance, the nationality of the witness and, in particular, whether there is a convention on judicial cooperation between the countries involved” (98).

In our view it would serve no purpose to analyse the rules of all the countries in any detail. It would be more appropriate, in our opinion, to give a brief description of the principal methods of obtaining evidence for use in transnational litigation (99), and to illustrate them with reference to the different national systems.

5.2.1. *Informal evidence-gathering.*— According to this method the evidence is procured without involving official chan-

---

(96) Cfr. DICEY and MORRIS, *op. cit.*, (n. 30).

(97) *Ibid.*

(98) *European Civil Practice*, 190.

(99) Cfr. *ibid.*



nels. The interested party, therefore, takes the initiative and the witness cooperates voluntarily, either by providing a statement setting out his account of the incident or by handing over a required document or object for use at the trial (100). Naturally the procedure to obtain evidence in this manner must be seen from two angles, viz. country A that allows the parties to gather evidence abroad for use in domestic proceedings and country B that permits the parties to procure the evidence on its soil.

English procedure serves as a good example of this method, although it also makes provision for other measures (101). A party to litigation in England is free to obtain evidence in an informal manner from foreign sources, be it in the form of a witness statement, a document or other evidentiary material. In principle it is a private matter between those involved, which is of no concern to the English court (102). However, should the circumstances require it, a party might invoke the assistance of the English court to obtain the evidence abroad (103). An interested party is also free to approach a foreign court directly to obtain assistance in regard to pre-trial discovery (104). An important limitation on the informal gathering of foreign evidence is the notion of judicial sovereignty that holds sway in most civil law systems. In the countries concerned any informal procedure launched from abroad and aimed at gathering evidence without the involvement of the judiciary would be regarded as trespass-

---

(100) *Ibid.*

(101) See generally O'MALLEY and LAYTON, *European Civil Practice*, 200 et seq and 215 et seq; DICEY and MORRIS, *op. cit.* (n 30), 208 et seq.

(102) O'MALLEY and LAYTON, *European Civil Practice*, 200; FENTIMAN, *National Report, England*, 12. Four conditions, which are quite obvious, must be complied with, viz.:

I) the interested party must not act illegally according to the laws of the foreign country, II) he must not infringe any rights that his opponent may enjoy before the English court, III) he must not act in an unconscionable manner and IV) any procedural requirement of English law must be complied with – FENTIMAN, 13'.

(103) FENTIMAN, *National Report, England*, 13. This procedure forms part of the official means to obtain evidence – see further par 5.2.2 and 5.2.3 *infra*.

(104) FENTIMAN, *National Report, England*, 14.

ing on the domain of the courts. Whenever this limitation applies an interested party would, therefore, have to invoke one of the formal procedures available (105). Foreign litigants seeking evidence in England are also free to gather such evidence by informal means, e.g. by obtaining a statement from a witness (106).

Among the countries that have submitted national reports there are only a few where informal procedures appear to prevail. Australia (107) and South Africa (108) conform in principle to the English approach, whilst Japan seems to tolerate a strange deviation from its formal procedures. The Japanese experience entails the direct extra-territorial discovery on Japanese soil by American litigants. The reason why "regular judicial assistance procedures" are not employed, according to the Japanese reporter, is "because Japanese defendants fear that serious disadvantages or sanctions in U.S. litigation would be imposed in case of their non-compliance" (109). Having regard to the well-known wide ambit of the American pre-trial discovery procedures, one is inclined to question the propriety of this phenomenon. But it is clearly not our task to express any negative sentiments in this regard.

5.2.2. *Evidence taken by consuls and commissioners.*— For the sake of convenience two related methods are mentioned together under this heading. In brief they entail the following (110):

(1) A diplomatic or consular officer of the state in which the evidence is required, who is posted to the country where

---

(105) FENTIMAN, 13.

(106) FENTIMAN, 16.

(107) REINHARDT, *National Report, Australia*, 19.

(108) MALAN *et al National Report, South Africa*, 42.

(109) IKEDA *et al National Report, Japan*, 19.

(110) O'MALLEY and LAYTON, *European Civil Practice*, 190.

the evidence is to be found, may be requested to procure the evidence.

(II) A commissioner or examiner may be appointed by the state in which the evidence is required, or by its courts, for purposes of gathering the evidence on foreign soil.

These methods are often regulated by bilateral and multilateral conventions. A well-known example of the latter is the Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, signed at the Hague on 18 March 1970 (111). In terms of this convention a consul is, as a rule, entitled to take the evidence of a person who has the nationality of the state which he represents (112). He can also obtain evidence from nationals of the host state or a third state if the necessary permission for such action has been given (113). A commissioner can procure evidence from any witness, whatever his nationality may be, provided that the host state has given its permission in this regard (114).

One or both of these methods are employed by a number of countries from which national reports have been received (115).

5.2.3. *Letters of Request.*— This method entails that the court or judicial authority in the country where the evidence is

---

(111) O'MALLEY and LAYTON, 192. Some 19 countries, including Australia, Spain, the United Kingdom, Germany and Italy amongst the countries that submitted national reports, have ratified or acceded to the convention. Switzerland has signed but not yet ratified the convention — *ibid.*; see further the national reports above.

(112) O'MALLEY and LAYTON, 194.

(113) *Ibid.*

(114) *ibid.*

(115) See RECHBERGER and PFEILER, *National Report, Austria*, 6; REINHARDT, *National Report, Australia*, 18; MALAN *et al National Report, South Africa*, 39; IKEDA *et al National Report, Japan*, 15; MAZIYA, *National Report, Swaziland*, 7; AKINOLA, *National Report, Nigeria*, 8; LORITZ, *National Report, Germany*, 16; FENTIMAN, *National Report, England*, 14.

needed directs a formal request, in the form of a letter of request (letter rogatory or commission rogatoire), to the competent authority in the country where the evidence is available, for the procurement of such evidence according to the latter's laws and procedures (116). Letters of request are also mostly governed by bilateral and multilateral conventions. And in respect of the latter the Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad also serves as a good example (117). In terms of this convention provision is made for the taking of evidence by the courts of the country where the witness or evidentiary material is located, pursuant to letters of request issued by the judicial authorities of the state where the evidence is required (118). The convention "requires each of the contracting states to designate a central authority for the purpose of receiving incoming letters of request from abroad and transmitting them to the authorities competent to put them into effect" (119).

As a rule, a letter of request must be executed in accordance with the laws and procedures of the state to which it is addressed (120). But the state that issued the letter may request a certain special procedure to be followed; and such a request would be respected, "unless it is incompatible with the internal law of the state of execution or is impossible of performance by reason of that state's internal practice and procedure or by reason of practical difficulties" (121).

A letter of request that complies with the above convention must be executed, unless such action does not fall within the ambit of the judicial function in the state of execution or the latter state considers that its sovereignty or security would be prejudiced thereby (122). Although the convention does not ex-

---

(116) Cfr. BROECKX, *National Report, Belgium*, 16.

(117) O'MALLEY and LAYTON, *European Civil Practice*, 192.

(118) *Ibid*, referring to chapter 1, art 1 to 14 of the Hague Convention.

(119) O'MALLEY and LAYTON, *European Civil Practice*, 192.

(120) O'MALLEY and LAYTON, 193.

(121) *Ibid*, referring to art 9 of the Convention.

(122) O'MALLEY and LAYTON, 194, referring to art 12 of the Convention.

pressly provide for the rejection of a letter of request on the ground that it infringes the public policy (*ordre public*), practice indicates that this fact may be expressed in the context of the phrase "the sovereignty or security of the state" (123). This makes evident sense since no state would be prepared to execute letters of request that it considers to be contrary to public policy.

The Hague Convention provides for a reservation, in terms of which a member state need not execute certain letters of request. Under article 23 a contracting state may declare "that it will not execute Letters of Request issued for the purpose of obtaining pre-trial discovery of documents as known in Common Law countries" (124). Although this provision lacks clarity it seems to be directed primarily against the pre-trial discovery of witnesses' evidence as known in the United States (125). This procedure, with its extensive scope, is regarded with disfavour by most European states. It is, therefore, not surprising that a number of European countries have made declarations under article 23; and in addition to that they have also enacted "blocking statutes" in order to restrict the effect that may be given to United States orders for discovery of evidence (126).

The procedure by way of letters of request is common to most legal systems, regardless of whether they belong to a convention on the taking of evidence. This is also borne out by the reports received from a number of countries (127). If no convention applies the letter of request would usually be directed through diplomatic channels to the foreign state; and in this event the designated authority would not be obliged to execute

---

(123) O'MALLEY and LAYTON, 194, n. 56.

(124) O'MALLEY and LAYTON, 195; DICEY and MORRIS, *op. cit.* (n. 30), 210 - 211.

(125) Cfr. O'MALLEY and LAYTON, 195 - 196 and 198; *Dicey and Morris*, 211.

(126) O'MALLEY and LAYTON, 198 - 199; Cfr. also FENTIMAN, *National Report, England*, 17.

(127) *Inter alia* England, Australia, South Africa, Botswana, Nigeria, Brazil, Japan, Austria, Germany, Belgium, Croatia and Spain.

it but would have a discretion in this regard (128). On the other hand, if a convention is applicable, it would normally determine to which authority the letter of request should be directed. Thus, provision could be made for direct communication between the courts of different member states; or an appropriate authority could be designated for the task of receiving and transmitting the letters of request (129).

The procurement of evidence by means of letters of request is the customary method employed by civil law countries (130). This is understandable since they regard the taking of evidence as an integral part of the judicial function. Letters of request give expression to this sentiment by entrusting it to a judicial officer in the foreign country to procure the evidence. Although common law countries also employ this method, they appear to favour the appointment of a commissioner or an examiner to obtain the evidence on foreign soil (131). This attitude, in turn, is in accordance with the notion of a detached judge who is not involved in the gathering of evidence.

---

(128) Cfr. BROECKX, *National Report, Belgium*, 20

(129) Cfr. RECHBERGER and PFEILER, *National Report, Austria*, 8.

(130) *Ibid.*

(131) Cfr. FENTIMAN, *National Report, England*; Cfr. par. 5.2.2.

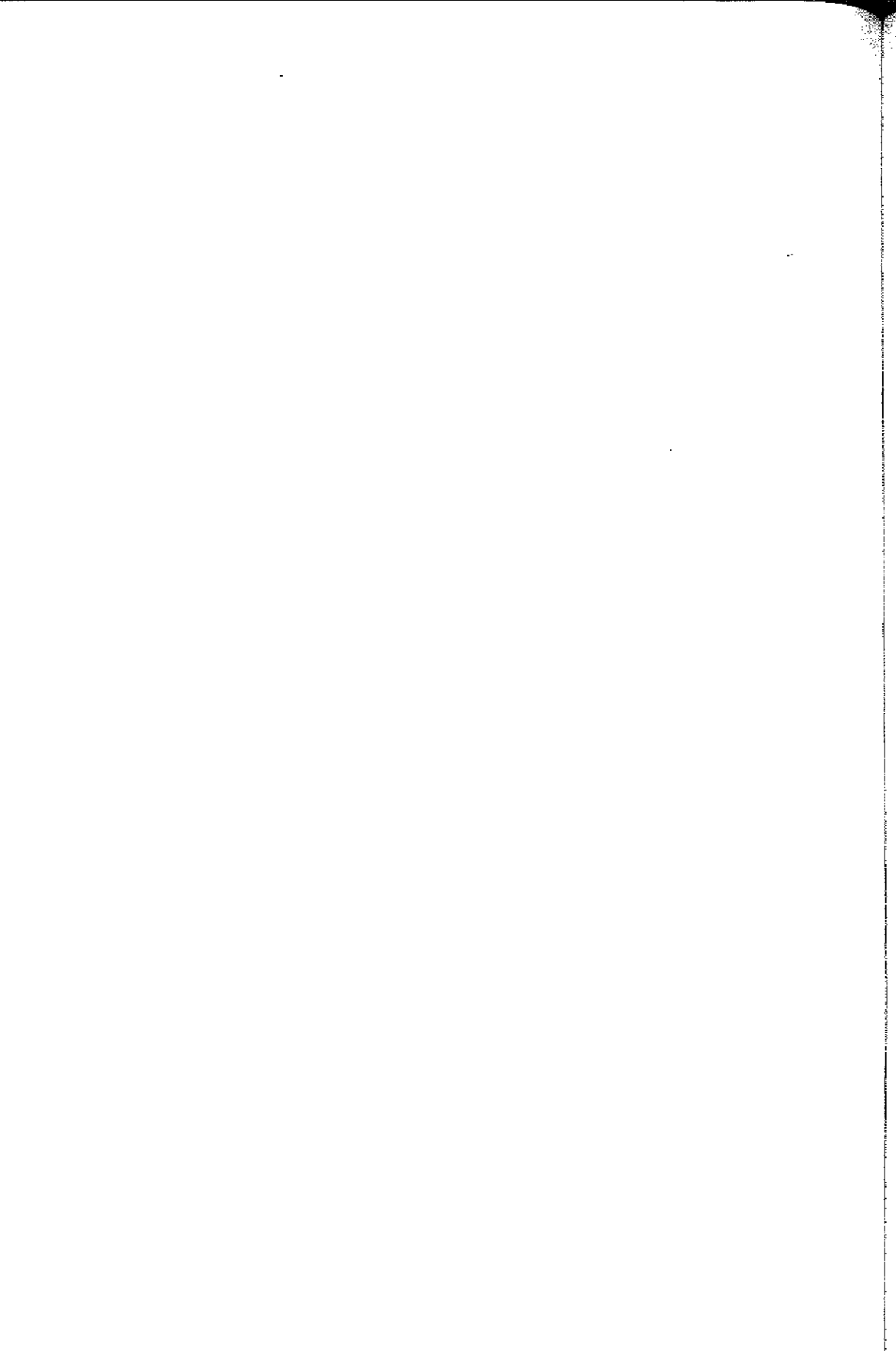
## CONCLUSION

The technological achievements of the twentieth century have brought down the barriers of isolation that existed before. In consequence the world of today is characterised by global interaction between governments, private institutions and individuals in regard to an ever widening sphere of affairs. Against this background the potential for transnational litigation speaks for itself. In solving such conflicts each national legal system should strive to give full recognition to any foreign law applicable to the facts. Cappelletti notes that there is "a need to show the greatest possible respect for foreign legal concepts in a world which becomes smaller every day" (132). Thus, private international law would fulfil its function of harmonising international conflicts.

By addressing the international aspects of procedural law as its main theme this congress should make a significant contribution towards realising the stated goal. And we, as the general reporters on the subject of transnational litigation, have been honoured to participate in these proceedings.

---

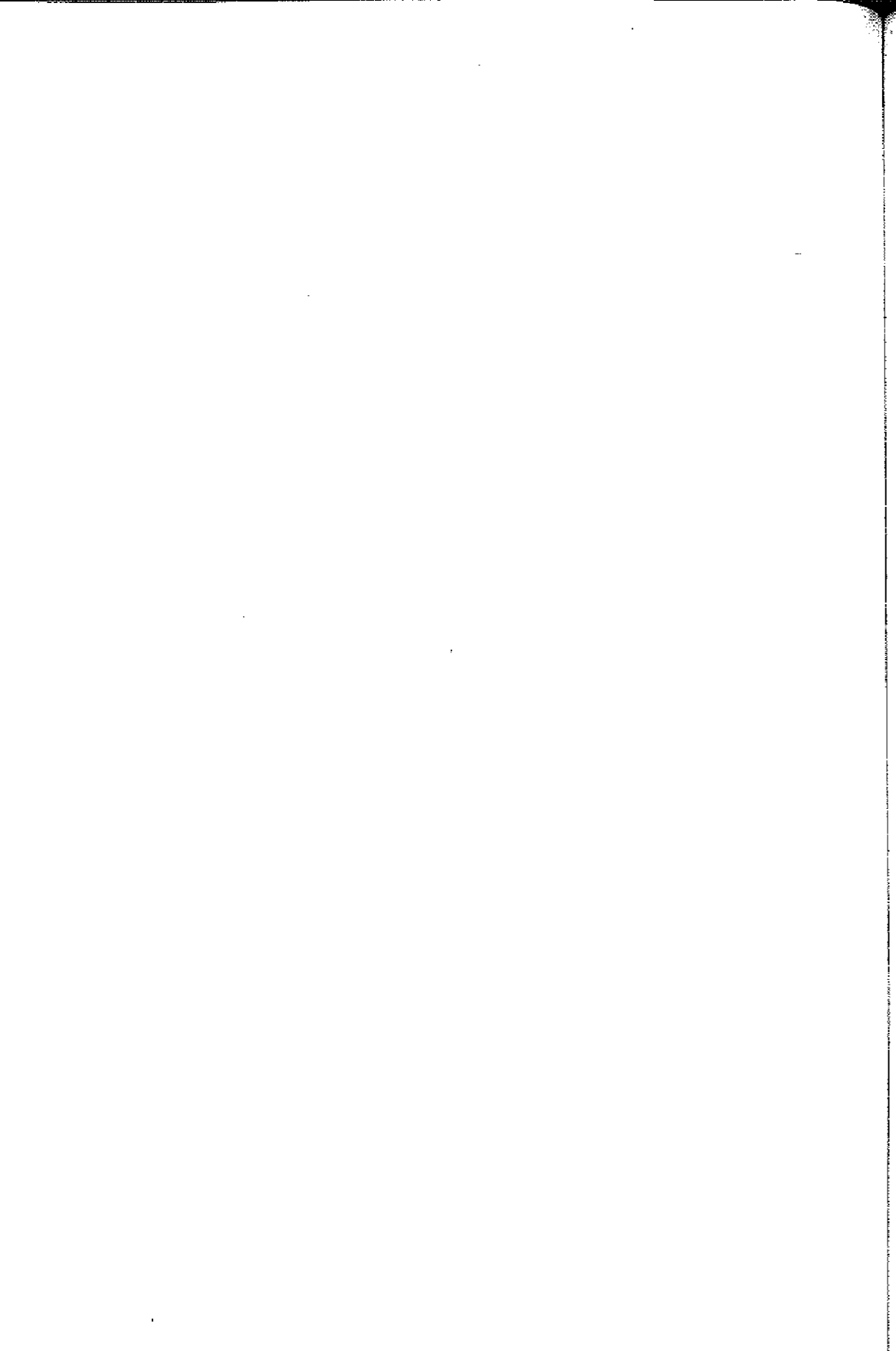
(132) "Mandatory Ex-Officio Application of Foreign Law", 1970, *CILSA*, 56.





GEORGES DE LEVAL

UNE HARMONISATION DES PROCEDURES  
D'EXECUTION DANS L'UNION EUROPEENNE  
EST-ELLE CONCEVABLE ?



## INTRODUCION

La libre circulation des jugements est illusoire si le titre ne se concrétise pas avec la même efficacité dans les Etats membres. "Pour que, sur le marché intérieur, la concurrence ne soit pas faussée, il est indispensable que les systèmes procéduraux des Etats membres mettent à la disposition des justiciables des instruments aux performances comparables. Il n'y a d'égalité entre les partenaires économiques que si les arsenaux judiciaires sont, d'un pays à l'autre, également pourvus (1).

Tout effort d'uniformisation ou d'harmonisation du droit substantiel des Etats membres demeurera insuffisant s'il n'est accompagné de mesures destinées à assurer une plus grande uniformité dans l'application des titres (2).

Le but est simple: il s'agit de mettre à la disposition des détenteurs de titres exécutoires, au sein de l'Union européenne, des moyens également efficaces pour réaliser leur droit dans tout Etat membre. "Du point de vue d'une Communauté de droit, il est difficile d'accepter que des particuliers, aussi bien que des professionnels, subissent des discriminations liées à la nature "inter-communautaire" des relations économiques qu'ils ont

---

(1) Sur la nécessité d'un Code judiciaire européen contenant les principes généraux de la procédure (p. 10), Annexe au Projet de directive sur le rapprochement des lois et règles des Etats membres concernant certains aspects de la procédure civile.

(2) G. TARZIA, *Mélanges Mistopoulos*, p. 1256 et 1257; voir aussi G. TARZIA, *Prospectives de l'harmonisation des règles relatives à l'exécution forcée dans la Communauté économique européenne*, *Rivista di diritto processuale*, 1994, n° 1, p. 205 à 219; l'auteur précise notamment que la sauvegarde du jeu de la concurrence implique l'adoption en matière d'exécution forcée de règles assurant une protection équivalente.

nouées; enfin, s'ils les ont nouées, c'est parce qu'ils ont cru à la promesse d'un "espace sans frontières" (3).

Notre réflexion ne peut être que modeste singulièrement dans la matière du droit de l'exécution. Certes, "toute justice s'enracine dans une culture nationale, et du coup, les règles de procédure des Etats sont souvent différentes. Peu importe au fond que ces règles varient: l'essentiel est qu'elles respectent les principes fondamentaux. Une fois les principes respectés, il faut préserver la diversité d'expression" (4). Cette diversité n'est cependant pas sans inconvénients pour réaliser l'égalité dans l'effectivité des titres exécutoires.

Après avoir délimité notre sujet aux procédures ayant pour objet le recouvrement de sommes d'argent (I) et souligné l'apport mitigé de la Convention de Bruxelles (II), nous développerons les principes directeurs du droit de l'exécution (III) avant de conclure en formulant quelques propositions.

---

(3) Livre vert, *Accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le marché unique*, p. 70; voir aussi M. GASPARI NETTI, *Accès à la justice et règlement des litiges de consommation dans le Marché unique: le coût des frontières judiciaires*, *Rev. du Marché Unique Européen*, 4/1994, p. 83 et spéc. pp. 88-89.

(4) R. BADINTER, *Une culture judiciaire européenne commune*, *Le Monde* du 19 novembre 1991, p. 14; voir aussi R. JACOBS, *L'Europe: une culture judiciaire commune?*, *Act. dr. Liège*, 1994, pp. 507 à 516.

## DELIMITATION DU SUJET: LE RECOUVREMENT DE SOMMES

1. *Exécution de condamnations pécuniaires et non pécuniaires.*— Les voies d'exécution tendent au recouvrement de sommes ou à l'exécution en nature d'obligations de faire ou de ne pas faire. En toute hypothèse, il s'agit de mesures aptes à "satisfaire définitivement et irrévocablement le créancier" (5).

Le plus souvent, la loi nationale régit l'exécution forcée des titres pécuniaires. Moins nombreux sont les Etats qui disposent d'un corps complet de règles spécialement consacrées à l'exécution forcée en nature. Mais des progrès substantiels se sont produits au cours des dernières années soit par la réglementation de certaines mesures d'exécution en nature (par exemple, les mesures d'expulsion des immeubles, la saisie-revendication et la saisie-appréhension), soit par l'introduction de l'astreinte dans la législation de plusieurs Etats membres (6) (7).

---

(5) Philippe DELEBECQUE, *Les nouvelles procédures civiles d'exécution*, R.T. D.C. (hors série – *La réforme des procédures civiles d'exécution*), 1993, p. 29, n° 38.

(6) L'astreinte fixée, à l'exclusion de tout caractère indemnitaire, est une condamnation pécuniaire destinée à vaincre la résistance d'un débiteur récalcitrant et à l'amener à exécuter une décision de justice, Douai 8, juillet 1993, *Gaz. Pal.*, 28-29 déc. 1994, p. 30).

(7) Il arrivera que les mesures d'exécution forcées se combinent. Ainsi, lorsque le créancier procède au recouvrement de sa créance sur l'immeuble affecté au logement du débiteur, une mesure d'expulsion sanctionnera la réalisation de l'immeuble. En ce cas, le droit au logement du débiteur est primé par le droit du créancier mais des mesures de retardement et de protection y compris du mobilier

Alors que le système Benelux exclut l'astreinte en cas de condamnation au paiement d'une somme d'argent en raison de l'existence du droit des saisies, une telle justification n'emportant pas la conviction car l'astreinte par la collaboration du débiteur qu'elle recherche permettrait bien souvent d'éviter la procédure plus coûteuse, plus longue et plus aléatoire de la saisie, c'est-à-dire une solution alternative plus intéressante pour tous, la Cour de cassation de France en a étendu l'application aux obligations qui ont pour objet une somme d'argent (8).

Le recouvrement de l'astreinte s'opère conformément aux procédures d'exécution forcée en matière pécuniaire. A cet égard, il n'est pas concevable que le juge de l'exequatur assortisse d'une astreinte une décision étrangère qui n'en est pas pourvue car un jugement ne peut produire dans le pays requis plus d'effets qu'il n'en a dans le pays d'origine. Mais la disposition relative à l'astreinte contenue dans une décision étrangère ne peut prendre effet tant que celle-ci n'est pas revêtue de la formule exécutoire. Ces solutions valent aussi dans le cadre de la Convention de Bruxelles (9).

Les développements ultérieurs ne concerneront que les titres exécutoires ayant pour objet des sommes d'argent (10).

---

peuvent être prises pour protéger l'occupant et favoriser l'évacuation volontaire des locaux et le logement du débiteur (addé. et comp. J. BEAUCHARD, *Le logement et les procédures civiles d'exécution*, R.T.D.C., 1993 (hors série), p. 109 et s. et spéc. p. 110 et 118 à 122.

(8) Cass. fr., 29 mai 1990, *Bull.* 1990, V, p. 146, n° 224. *Un arrêt de la Cour de justice Benelux* du 29 novembre 1993 (*J.T.*, 1994, p. 415 et concl. de Monsieur l'Avocat général D'HOORE) précise que la circonstance que la condamnation principale ne soit pas susceptible d'exécution directe à l'aide de la force publique n'empêche pas de conclure qu'il y a condamnation principale au sens de l'article 1er de la loi uniforme: précisément en pareil cas, la condamnation à une astreinte correspond à son caractère de procédé indirect pour obtenir la prestation ordonnée. Dans ses conclusions, Monsieur l'Avocat général D'HOORE insiste sur ce qu'il faut bannir l'opinion erronée selon laquelle l'astreinte serait exclue si l'exécution forcée directe de la condamnation principale n'est pas possible.

(9) H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1980, p. 785; *infra*, p. 13.

(10) Sur l'exécution forcée en nature, voir P. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires, une relecture des articles 1142 à 1144 du*

2. *Saisie conservatoire ou exécutoire.*— Il faut inclure dans le droit de l'exécution, au sens large, les mesures conservatoires et spécialement les saisies conservatoires qui permettent de préserver le gage général du créancier dans l'attente de l'obtention du titre exécutoire. Il s'agit de "voies d'exécution par anticipation" (11) indispensables à l'efficacité du recouvrement lorsque le titre exécutoire ne peut être obtenu qu'à l'issue d'une ou de plusieurs procédures.

L'intégration de ces mesures dans le droit de l'exécution se justifie également dans les systèmes qui, tout en organisant des procédures d'exécution au sens strict, autonomes par rapport aux saisies conservatoires, établissent des passerelles entre les saisies conservatoires et les voies d'exécution notamment en prévoyant la transformation ou la conversion de la saisie conservatoire en saisie-exécution. Enfin, le plus souvent, les saisies reposent sur un ensemble de règles communes (compétence et procédure devant le juge de l'exécution; insaisissabilité et immunité (12); effet d'indisponibilité).

3. *Les saisies, une parcelle du droit du recouvrement.*— Le droit des saisies ne constitue qu'une partie du droit de l'exécution relatif au recouvrement des sommes. Ainsi que l'écrit le Professeur PERROT "quand on régleme les voies d'exécution, que recherche-t-on exactement ? Il ne suffit pas dire que l'objectif est d'obtenir l'exécution de l'obligation: c'est trop évi-

---

*Code civil*, Coll. scient. Fac. dr. Liège-Kluwer, 1993; *adde.* P. WERY, *Les dépens du remplacement judiciaire*, *Act. dr. Liège*, 1994, 693 à 697 et réf. cit.

(11) Ch. DELEBEQUE, *op. cit.* R.T.D.C., 1993 (hors série), p. 130, n° 39.

(12) A juste titre, Monsieur THERY fait observer que l'immunité d'exécution fait obstacle tant aux mesures d'exécution qu'aux mesures conservatoires dont l'effet d'indisponibilité qui restreint considérablement les droits du propriétaire suffit à justifier l'immunité d'exécution (Th. THERY, obs. sous Paris, 9 septembre 1992, *Rev. Arb.*, 1994, p. 136); *adde.* Ph. D'ARGENT, *Le juge des saisies, le Conseil de sécurité et l'immunité d'exécution restreinte des Etats étrangers*, J.T., 1995, p. 579 et note 36.

dent. La réponse est plus nuancée. Entre le paiement spontané par un débiteur qui dans ce cas n'intéresse plus les voies d'exécution, et le paiement forcé obtenu après avoir utilisé tout l'arsenal des procédés de contrainte, il y a ce que l'on pourrait appeler le "paiement résigné" qui se déclenche sous la pression, la menace ou la crainte" (13).

Entre le paiement spontané et le paiement forcé (saisie, faillite, ...), il y a place pour des solutions intermédiaires bilatérales ou collectives; en ce dernier cas, il s'agit de promouvoir le recouvrement en élaborant des plans d'apurement assortis de mesures allant du rééchelonnement de la dette à la remise partielle de celle-ci (une certaine mansuétude à l'égard du débiteur peut être favorable au créancier : le débiteur n'est pas exclu de la vie économique et sociale et affecte une partie de ses revenus au règlement de ses dettes) en passant par des adaptations relatives aux intérêts. Il ne s'agit pas de fragiliser le droit de l'exécution mais, au contraire, de le rendre plus efficace tout en l'humanisant. Dans ces circonstances, il importe que "le médiateur" veille à ce que le débiteur ne formule pas des propositions irréalistes car, trop souvent, l'objectif de l'endetté est de gagner du temps; il se refuse de raisonner en termes arithmétiques et à s'avouer ses réelles possibilités de paiement mensuel; "trois, six, dix mois de délais lui paraissent suffisants alors que trois fois plus lui seraient en fait nécessaires" (14).

On ajoute que le règlement collectif du passif ne se conçoit pas seulement à titre de mesure alternative à la procédure de saisie, mais aussi, dans le prolongement d'une mesure d'exécution forcée, lors de la répartition du produit de la saisie.

---

(13) R. PERROT, *Rapport de synthèse présenté lors du colloque sur la réforme des procédures civiles d'exécution tenu à Paris les 28 et 29 janvier 1993*, R.T.D.C. (hors série), 1993, p. 167; voir aussi Ph. THERY, *La place des procédures civiles d'exécution*, R.T.D.C. (hors série), 1993, p. 4 à 8, n° s 10 à 20; *add.* du même auteur, *Rapport de synthèse*, p. 217, n° 18.

(14) F. MORNET, *Justice et recouvrement de l'impayé, Recherche sociologique, La documentation française*, p. 121.



En synthèse "le rôle régulateur des voies d'exécution ne paraît pas conditionné seulement par leur efficacité dans le recouvrement de l'impayé, ni même par leur fréquence d'utilisation: moyens de pression avant d'être moyens d'exécution, les saisies ont une valeur dissuasive utilisable pour imposer d'autres modes de traitement de l'impayé, plus directs mais moins contraignants" (15).

Il est essentiel qu'une synchronisation étroite soit établie entre les différents modes de recouvrement dans l'intérêt tant du débiteur que de ses créanciers qui attendent de celui-ci le paiement de son obligation, peu importe le procédé utilisé, mais qui sont généralement conscients de la plus grande efficacité des méthodes douces. C'est pourquoi l'huissier de justice ou l'agent d'exécution n'est pas seulement un significateur d'actes mais surtout l'intermédiaire efficace permettant la meilleure régulation (tantôt individuelle, tantôt collective; tantôt amiable, tantôt judiciaire) de l'impayé (16).

---

(15) F. MORNET, *op. cit.*, p. 14; voir aussi F. VAN LOON et S.T. DELRUE, *De onrechtstreeks gedwongen tenuit-voerlegging van vonnissen door gerechtsdeurwaarders*, R.W., 1994-1995, p. 284 à 286.

(16) Voir aussi G. DE LEVAL, *L'huissier de justice. Un nouveau juriste pour l'an 2000*, *Liber amicorum Marcel Briens*, p. 100.



## II

### L'APPORT DE LA CONVENTION DE BRUXELLES DU 27 SEPTEMBRE 1968

La Convention de Bruxelles ne crée pas un titre qui serait revêtu de plein droit d'une formule exécutoire européenne. Elle tend à faciliter la libre circulation du jugement ou du titre y assimilé en assouplissant les conditions de la reconnaissance ou de l'exequatur. Elle ne concerne pas l'exécution proprement dite qui reste soumise aux règles de la procédure du droit national (17). Le caractère exécutoire d'un titre ne se confond dès lors pas avec son exécution effective et il est loin d'être établi que "les conditions d'exécution des décisions et les risques liés aux difficultés qu'elles suscitent soient les mêmes dans tous les Etats membres" (C.J.C.E., 10 février 1994, att. n° 20) (18).

---

(17) C.J.C.E., 4 février 1988; c'est d'ailleurs la raison pour laquelle un Etat étranger ne peut se prévaloir de son immunité d'exécution lors de la procédure d'exequatur mais, le cas échéant, de sa seule immunité de juridiction (voir Bruxelles, 10 mars 1993, J.T., 1994, p. 787 et la note J. VERHOEVEN, *Immunités et exequatur*). Voy. cependant, Ph. THERY, *Judex Gladii* (Des juges et de la contrainte en territoire français), *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Dalloz, 1996, p. 479 à 481.

(18) Voir le rapport de P. MOREAU, *De l'exequatur et des causes de préférence et le commentaire de l'arrêt C.J.C.E. du 10 février 1994*, publié dans *Rev. Not.*, 1994, p. 425; J.T.E., 1994, p. 93; *Proces en Bewijs*, 1994-5, p. 105 et concl. de Monsieur l'Avocat général TESAURO; H.D. TEBBENS, *Convention de Bruxelles: développements récents*, J.T., *Droit européen*, 1995, p. 218, n° 5 qui souligne l'irréalisme de l'arrêt dans la mesure où il y a toujours de sensibles différences juridiques et pratiques entre une exécution interne et une procédure d'exequatur et d'exécution proprement dite sous l'empire de la convention; *add.* H. MUIR WATT, obs. sous Paris, 9 mars 1995, R.C.D.I.P., 1995, p. 740 et 741; comp. Paris, 18 mai 1994, *Gaz. Pal.*, 25-26 nov.

En effet, parmi les pays de l'Union européenne, certains disposent de voies d'exécution modernes et performantes tandis que d'autres conservent des procédures lourdes et anciennes. En d'autres termes, la libre circulation du jugement ne réalise pas une égalité entre les différents droits de l'exécution même si de toute évidence les droits individuels devraient pouvoir être aisément mis en oeuvre dans tous les Etats membres.

### SECTION 1. LES DÉCISIONS DE JUSTICE.

1. *Décision de justice, transaction judiciaire et acte authentique.*— La décision soumise à la convention (art. 25) est toute décision rendue par une juridiction d'un Etat contractant statuant au fond (19) sur un objet compris dans le domaine matériel de la convention.

---

1994, p. 18 et les conclusions de M. Bernard DELAHAYE. En l'espèce, la Cour d'appel de Paris prononce la suspension de l'exécution provisoire en raison de l'existence d'un risque de conséquences manifestement excessives dans la mesure où l'Etat français pourrait se trouver privé de toute possibilité de récupérer l'importante somme versée à un ressortissant suisse alors que le contentieux se situerait hors du champ d'application de la Convention de Lugano au sens de l'article 1er de celle-ci. Pourtant, le droit de la Convention recouvre forcé est un modèle d'efficacité. Le créancier notifie une réquisition de poursuite. Le débiteur peut formaliser une opposition dans les quinze jours du commandement. L'opposition suspend la poursuite. Le créancier agit ensuite par voie ordinaire pour faire reconnaître son droit. Il peut toutefois solliciter une mainlevée de l'opposition s'il est nanti d'un titre exécutoire auquel peut être assimilé un jugement étranger (art. 81, L. sur la poursuite pour dettes).

(19) Sur ce que le mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution peut s'appliquer à une décision rendue par une juridiction d'un Etat contractant dans les matières visées par la Convention de Bruxelles alors même que le juge d'origine était compétent en vertu d'une règle de droit étatique donnant compétence à ce juge en l'absence de tout domicile du défendeur sur son territoire, voir H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, L.G.D.J., 1993, p. 55, n° 79; P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *op. cit.*, n° s 3° pp. 1-302 et 314; Civ. Bruxelles, ch.s., 27 février 1995, R.G., n° 9604/93; voir aussi C.J.C.E., 20 janvier 1994, *Dall.*, 1994, I.R. 48; la Convention de Bruxelles ne s'applique pas aux procédures ni à des problèmes qui se posent dans le cadre de procédures survenant dans des Etats contractants au sujet de la reconnaissance et de l'exécution de jugements rendus en matière civile et commerciale dans des Etats tiers (*infra*, p. 23).

“Pour pouvoir être qualifié de “décision” au sens de la convention, l’acte doit émaner d’un organe juridictionnel appartenant à un Etat contractant et statuant de sa propre autorité sur des points litigieux entre les parties. Une telle condition n’est pas remplie dans le cas d’une transaction, même si celle-ci est intervenue devant un juge d’un Etat contractant et met fin à un litige. En effet, les transactions judiciaires revêtent un caractère essentiellement contractuel, en ce sens que leur contenu dépend avant tout de la volonté des parties” (20).

On ne peut donc confondre un jugement et un accord coulé dans un titre judiciaire exécutoire; cet accord de volonté est soumis au régime de l’acte authentique (art. 50 et 51, Conv.).

La définition de l’acte juridictionnel donnée par la Cour de justice est importante car elle permet de dégager avec certitude le critère de celui-ci: le juge statue de sa propre autorité sur des points litigieux entre les parties. Au contraire, les actes authentiques sont des actes “quasi publics se caractérisant par le rôle essentiellement passif de l’autorité qui reçoit l’instrument tandis que l’expression de volonté (*negotium*) reste l’oeuvre des particuliers”. Ces actes sont donc “hétéroclites et se caractérisent par la fonction essentiellement réceptive qu’assume l’autorité publique dans leur élaboration, qui est le résultat de leur caractère ‘convenu’ et ils s’inscrivent, par conséquent, dans une hypothèse non contentieuse”. “Un acte quasi public ne constitue pas un fait juridictionnel en ce qu’il est dépourvu de toute autorité de chose jugée”. Il jouit simplement d’une autorité de la chose convenue, qui ne le met pas à l’abri d’une critique ultérieure (21).

---

(20) *C.J.C.E.*, 2 juin 1994, aff. C/414/92; *Rev. not.*, 1994, p. 422; *J.D.I.*, 2.1995, 466 obs. A.H.; *add.* H.D. TEBBENS, *Convention de Bruxelles: développements récents*, *J.T. droit européen*, 1995, p. 222, n° 26.

(21) Ch. PAMBOUKIS, *obs.* sous Cass. fr., 12 janvier 1994, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1994, p. 557 et s.

2. *Action préventive en inopposabilité.*— La Convention de Bruxelles ne fait pas obstacle à l'action en inopposabilité qui est de même nature et présente le même objet que l'action en exequatur; bien qu'elle soit exercée dans un but directement contraire, elle peut, comme l'action en exequatur, être exercée à toutes fins utiles par toute personne justifiant d'un intérêt. Cette action préventive exercée conformément au droit commun, sans que ne puisse être paralysée l'action en exequatur (en réalité, il s'agit d'"une seule action avec un recto positif et un verso négatif") ne peut être reçue que dans les strictes limites des motifs de non-reconnaissance prévus par les articles 27 et 28 de la Convention étendus à l'exécution par renvoi de l'article 34 (22).

Ainsi, une action en inopposabilité pourrait être exercée pour empêcher une saisie conservatoire pratiquée sur le fondement d'une décision non revêtue de l'exequatur. En effet, une décision rendue dans un Etat membre constitue sans exequatur préalable un jugement au sens de l'article 1414 du Code judiciaire, c'est-à-dire un titre suffisant pour pratiquer une saisie conservatoire.

3. *Motifs de refus d'exécution.*— Toute révision au fond est exclue; sauf exceptions (art. 38, 54, al. 2 et 59), le contrôle par le juge de l'Etat requis de la compétence du juge de l'Etat d'origine est supprimé; les décisions ne sont pas revêtues de la formule exécutoire dans l'Etat requis dans les seules hypothèses prévues par l'article 27 étant précisé que la *charge de la preuve du moyen faisant entrave à l'exequatur* incombe au demandeur car il s'agit de faire échec à l'application de la règle générale de la délivrance de la formule exécutoire; en d'autres termes, il y a une véritable

---

(22) Trib. Gde Instance de Paris, 10 février 1993, *J.D.I.*, 1993, p. 599 et note C. KESSEDJIAN; G. PLUIYETTE, *La Convention de Bruxelles et les droits de la défense (propos sur la libre circulation des jugements dans l'Europe communautaire)* in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 443 à 445.

présomption de régularité en faveur du titre (y compris l'acte notarié ou la transaction) dès que la partie qui l'invoque satisfait aux exigences édictées par les articles 49 et 50 de la Convention de Bruxelles (23).

4. *La loyauté de l'assignation.*— Le problème le plus fréquent est celui de la loyauté de l'assignation; il procède des difficultés inhérentes aux significations transfrontalières. C'est pourquoi le motif de refus prévu par l'article 27, 2° (les décisions ne sont pas reconnues si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant, régulièrement et en temps utile, pour qu'il puisse se défendre) est le plus souvent invoqué et retenu; il concerne le contrôle de la loyauté de l'assignation en cas de décision rendue par défaut même si ce contrôle a déjà été effectué par le juge d'origine conformément à l'article 20, al. 2 (24).

Sans harmoniser les différents systèmes de notification et de signification des actes judiciaires à l'étranger en vigueur dans les Etats membres, les stipulations de la Convention de Bruxelles visent à assurer au défendeur une protection effective de ses droits. C'est dans ce but que le contrôle de la régularité de la

---

(23) Cass. belge, 6 juin 1988, Pas., 1988, p. 1243; Cass. fr., 12 janvier 1994, *Rev. Huis.*, 1994, p. 174; *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1994, p. 557 et obs. Ch. PAMBOUKIS, spéc. p. 566 et 567; *adde.* Cass. fr., 12 juillet 1994, *J.C.P.*, 1994, IV, p. 300; *Gaz. Pal.*, 1994, som., p. 256 et G.A.L. DROZ, *obs.* sous *C.J.C.E.*, 1er juillet 1993, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1994, p. 643 (à propos de l'art. 45 de la Convention de Bruxelles). On rappelle que la reconnaissance et l'exécution obéissent aux mêmes conditions de fond (art. 27, 28 et 34) mais non de forme puisqu'un contrôle préalable n'est requis que pour l'exécution. Toutefois, en cas de contestation soulevée en dehors de toute question d'exécution forcée, un contrôle soit incident (relevant de la juridiction saisie de l'affaire principale) soit principal (soumis aux règles de la procédure d'exécution) de la régularité de la décision devra être effectué (art. 26).

(24) Sur le relevé des arrêts rendus à ce jour par la Cour de justice, voir G. DE LEVAL, *Reconnaissance et exécution dans la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Act. dr. Liège, 1994, p. 77 et réf. cit.; voy. aussi R. RASIR et I. LEBBE, *L'Europe judiciaire entre l'efficacité et le droit de défense*, *J.T.*, 1995, p. 417 à 423.

notification de l'acte introductif d'instance a été confié à la fois au juge de l'Etat d'origine et au juge de l'Etat requis (25). La question fondamentale est celle de l'accès à la justice. Le destinataire de l'acte introductif d'instance dans l'Etat d'origine a-t-il été effectivement et régulièrement touché par cette convocation de telle sorte qu'il a pu effectivement se défendre? On touche du doigt la difficulté majeure: le débat devant le juge de l'Etat d'origine a-t-il été rendu potentiellement concevable? Si tel est le cas, faut-il vraiment que le plaideur qui a choisi d'être absent bénéficie de plus de sollicitude que le justiciable qui a répondu à la convocation? N'y a-t-il pas un risque d'abus de la part du justiciable qui améliorerait sa situation en choisissant de se taire et de ne pas répondre à une citation?

Peut-être la C.J.C.E. a-t-elle amorcé un changement de sa jurisprudence. En effet, un arrêt de la Cour de Justice du 21 avril 1993 énonce qu'"un défendeur est réputé avoir comparu, au sens de l'article 27.2 de la Convention lorsque dans le cadre d'une demande en indemnisation qui se greffe sur l'action publique pendante devant le tribunal, celui-ci a pris position, par l'intermédiaire du défenseur qu'il a choisi, sur l'action publique lors de l'audience au fond mais non sur l'action civile qui a également fait l'objet des débats oraux auxquels ce dernier a assisté". En l'espèce, la cour ne renvoie pas à la *lex fori* pour

---

(25) Voir C.J.C.E., 15 juillet 1982, Rec. 1982, 2723 et C.J.C.E., 3 juillet 1990, Act. dr. Liège, 1990, p. 828, obs. A. KOHL; voir aussi H. LINKE, *Quelques questions relatives à la litispendance et à la reconnaissance des jugements in Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, C.J.C.E., Colloque des 11 et 12 mars 1991, Ed. Butterworths, 1993, p. 188; c'est dans le prolongement de cette considération que doit se comprendre l'arrêt ultérieur du 12 novembre 1992 d'après lequel peu importe que le défaillant ait eu connaissance de la décision rendue et n'ait pas fait usage des voies de recours disponibles en vertu du Code de procédure de l'Etat d'origine.; voir aussi G. DE LEVAL, *La prévention grâce au mode de signification à personne ou à domicile des difficultés suscitées par l'article 27, alinéa 2*, in *Les Conventions de Bruxelles et de La Haye en matière civile et commerciale*, Ed. La Charte, *Commentaire de la Convention de Bruxelles*, p. 79 à 82; comp. Cour Fédérale des Etats-Unis (New York, District Sud), 24 août 1990, *Rev. arbitrage*, 1994, 746 et obs. Y. DERAIS.



vérifier si le défendeur a comparu (notion contraire à la défaillance). Ainsi, observe Madame Gaudemet-Tallon, une *notion communautaire* de la défaillance ou de la comparution au sens de l'article 27.2 pourrait s'élaborer en se démarquant de la jurisprudence restrictive antérieure. Le critère suggéré par l'auteur pourrait être celui de "la possibilité pour le défendeur de se défendre devant le juge d'origine" (qu'il n'y ait eu de prise de position que sur l'action publique n'empêche pas que la défense ait été possible sur l'action civile). "Là où il y aurait une notion communautaire fondée sur la possibilité de se défendre, se dégagerait a contrario la notion de défaut au sens de l'article 27, 2°. Il suffirait que l'acte introductif donne au défendeur une idée générale de la nature de la prétention formulée et de la procédure engagée" (26).

---

(26) H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1994, p. 113 et 114; voir aussi *obs. J.M.B., J.D.I.*, 2, 1994, p. 534 qui précise: "Le souci de protéger les droits de la défense, pour noble que soit la cause, ne doit pas pouvoir tout justifier ni tout permettre. Il existe également des demandeurs dignes d'intérêt qui ne doivent pas se trouver à la merci de manoeuvres plus ou moins régulières de défendeurs trop habiles". L'annotateur observe aussi que l'arrêt commenté semble marquer un net ralentissement dans le mouvement qu'avait connu jusqu'ici la jurisprudence de la cour et que le silence et la passivité du défendeur ne se trouvent plus systématiquement favorisés. On exprimera, conclut-il, l'espoir que cette décision ne restera pas isolée et que d'autres suivront dans la même direction pour aboutir finalement à un plus juste équilibre des choses en ce domaine; comp. Bruxelles, 10 mars 1993, *J.T.*, 1994, 787 et les pertinentes observations de J. VERHOEVEN, p. 792-793; *add. Civ. Liège*, 24 mars 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 929 et note. On signale que lors d'une intervention au Colloque de Paris sur le droit européen de l'exécution en juin 1993, le Professeur Schlosser estimait que le mot "régulièrement" de l'article 27, 2° de la Convention de Bruxelles était de trop et qu'il y aurait lieu en toute circonstance de généraliser la règle qu'il n'y a pas de nullité sans grief. A cet égard, lorsque le grief invoqué pour justifier une nullité est provoqué par le fait même de la partie qui l'invoque, il n'y a pas matière à nullité car on ne pourrait se prévaloir de sa propre carence pour prétendre à une violation de ses droits de la défense (ainsi, voir Mons, 31 octobre 1994, *Rec. enr.* 1995, p. 70, n° 24446 et Trib. trav. Verviers, 1ère ch., 9 janvier 1995, *R.G.*, n° 0397/90). *Adde R. RASIR et I. LEBBE, op. cit., J.T.*, 1995, p. 423; J.A.L. DROZ, *Rev. crit. D.I.P.*, 1995, p. 225 à 227 et M. ANCEL, *Rev. crit. D.I.P.*, 1994, p. 691.

Dans la mesure où, dès le départ, le défendeur a la possibilité de se défendre devant le juge de l'Etat d'origine de telle sorte que les droits de la défense sont sauvegardés, il peut être admis que le respect des règles fondamentales de procédure touchant au principe du respect des droits de la défense est exclusivement visé par l'article 27, alinéa 2 et non par l'article 27, alinéa 1<sup>er</sup> (27).

5. *Appréciation sur l'effectivité de l'assimilation.*— Sans entrer dans les détails, on relève que :

- a) une décision judiciaire qui est rendue sans que la personne condamnée ait été appelée à comparaître et qui est, par elle-même, exécutoire sans avoir été préalablement notifiée ne peut bénéficier du régime de reconnaissance et d'exécution prévu par le titre III de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (28);
- b) les justifications exigées du bénéficiaire du titre à exécuter sont essentielles mais limitées (art. 46 à 49) (29);

---

(27) Voir toutefois, H. LINKE, *op. cit.*, p. 187: "On pourrait envisager par exemple la question préjudicielle visant à savoir si la violation des droits de la défense dans la suite de la procédure, c'est-à-dire après signification ou notification régulière et en temps utile de l'acte introductif d'instance, peut donner lieu à un refus de reconnaissance, en application de l'article 27, 1<sup>o</sup> ou si l'article 27, 2<sup>o</sup> constitue à cet égard une disposition exhaustive"; voy. aussi G. PLUYETTE, *La Convention de Bruxelles et les droits de la défense*, Etudes Pierre BELLET, p. 453 à 456 (à propos notamment du défaut de motivation); P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans la C.E.E.*, Ed. Jupiter, 1985, n<sup>o</sup>s 271 à 273; J. BEAUCHARD et C. HOUSSA, *Commentaire de la Convention de Bruxelles, La procédure d'exequatur, La Charte*, p. 58; A. MERKIEWICZ, note sous Cass., 10 mai 1990, Act. Dr. Liège, 1991, p. 201.

(28) C.J.C.E., 21 mai 1980, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1980, p. 787, concl. MAYRAS et note E. MEZGER; Cass. ft., 18 mai 1994, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1994, p. 688 et obs. B. ANCEL (à propos de l'injonction de payer et d'une étude comparative de l'injonction de payer en droit allemand et en droit italien); *adde. infra*, note 91.

(29) Voir, y compris en ce qui concerne l'intervention de l'avocat et le problème des traductions, J. BEAUCHARD et C. HOUSSA, *La procédure d'exequatur, in Les Conventions de Bruxelles et de La Haye en matière civile et commerciale*, Ed. La

- c) la décision d'exequatur n'est pas exécutoire par provision ce qui, à nos yeux, constitue une solution excessive qui compromet l'efficacité, pourtant recherchée, de la procédure. L'article 39 introduit, il est vrai, un certain contrepoids puisque pendant le délai du recours prévu à l'article 36 et jusqu'à ce qu'il ait été statué sur celui-ci, il peut être procédé à des mesures conservatoires (non assujetties, semble-t-il, à la condition de célérité) sur les biens de la partie contre laquelle l'exécution est demandée (30);
- d) l'article 38 prévoit, pour la juridiction saisie d'un recours contre l'autorisation d'exécuter une décision judiciaire, une possibilité de sursis à statuer lorsque la décision étrangère (nécessairement exécutoire) fait dans l'Etat d'origine l'objet d'un recours ordinaire ou si le délai pour le former n'est pas expiré; si le tribunal n'ordonne pas le sursis, il peut encore, en rejetant le recours, subordonner l'exécution à la constitution d'une garantie qu'il détermine (art. 38, al. 3) (31);
- e) le recours contre l'ordonnance d'exequatur n'appartient qu'à la partie contre laquelle l'exécution est demandée; l'article 37, alinéa 2 exclut tout recours de tiers intéressés contre la décision rendue dans le cadre du recours formé au titre de

---

Charte, p. 55 à 65 (commentaire de la Convention de Bruxelles); *add.* G. PLUYETTE, *op. cit.*, Etudes Pierre BELLET, p. 456.

(30) Sur le danger de mesures conservatoires prévues par l'article 39, voir H. LINKE, *op. cit.*, p. 190; A. HUET, *J.D.I.*, II, 1993, p. 469.

(31) La C.J.C.E., par un arrêt du 4 octobre 1991, a limité la portée de l'article 38 (de surcroît, une décision rendue sur base de cette disposition n'est pas susceptible de recours au sens de l'article 37, alinéa 2; *add.* C.J.C.E., 11 août 1995, C. 432/93) en décidant que l'article 38, alinéa 1er de la Convention doit être interprété en ce sens que la juridiction saisie du recours formé contre l'autorisation d'exécution d'une décision judiciaire rendue dans un autre Etat contractant ne saurait prendre en considération, dans sa décision relative à une demande de sursis à statuer au titre de cette disposition, que des moyens que la partie qui a introduit le recours n'était pas en mesure de faire valoir devant le juge de l'Etat d'origine. En d'autres termes, un doute raisonnable sur l'issue du recours ordinaire formé dans l'Etat d'origine ne suffit pas à justifier le sursis (Paris, 1ère chambre, 28 janvier 1994, *Dall.* 1994, I.R. p. 66; comp. et *contra* Versailles, 4 octobre 1991, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1992, p. 126).

l'article 36 y compris lorsque le droit interne de l'Etat d'exécution ouvre à ces tiers une voie de recours (32). Cette solution est logique car la Convention se borne à régler la procédure d'exequatur des titres exécutoires étrangers et ne touche pas à l'exécution proprement dite qui reste soumise au droit national du juge saisi. Les tiers intéressés pourront intenter contre les mesures d'exécution forcée les recours qui leur sont ouverts par le droit de l'Etat où l'exécution forcée à lieu (33)

Il ne peut être question de sous-estimer l'importance de la Convention de Bruxelles en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des jugements mais une triple observation s'impose:

- a) tout ce qui précède la procédure de reconnaissance ou d'exécution échappe à la Convention de Bruxelles; en d'autres termes, la procédure dans l'Etat d'origine demeure régie par le droit national et à cet égard, il importe de se préoccuper des conditions d'obtention du titre dans l'Etat d'origine; or, les procédures peuvent varier d'un Etat à l'autre; le régime des recours susceptibles d'être exercés ainsi que celui de l'exécution provisoire est loin d'être uniformisé; enfin, le coût et la durée des procédures peuvent être très différents;
- b) l'équivalence entre les titres judiciaires est recherchée mais elle n'est pas pleinement assurée car non seulement la procédure d'exequatur est requise mais, même revêtue de l'exequatur, la décision exécutoire dans l'Etat d'origine n'est pas pleinement assimilée à une décision exécutoire dans l'Etat requis; il est toutefois rassurant de relever qu'en fait rares sont les recours intentés contre les décisions autorisant, sur requête unilatérale, l'exécution (34).

---

(32) C.J.C.E., 21 avril 1993, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1994, p. 96 et obs. H. GAUDEMET-TALON, spéc. p. 112.

(33) C.J.C.E., 2 juillet 1985, *Rev. crit. D.I.P.*, 1986, p. 341 et obs. H. GAUDEMET-TALON.

(34) G.A.L. DROZ, *op. cit.*, p. 276.

Dans la mesure où le titre exécutoire est le titre d'origine revêtu de l'exequatur (infra, p. 20), il est logique de décider que le jugement étranger revêtu de l'exequatur peut comporter dans l'Etat requis les mêmes effets que ceux qu'il produit dans l'Etat d'origine (théorie de l'extension des effets par opposition à la théorie de l'assimilation des effets octroyant à la décision étrangère les mêmes effets qu'à une décision nationale correspondante). C'est donc à juste titre que la C.J. C.E. a décidé qu'une décision étrangère (elle-même exécutoire dans l'Etat d'origine) reconnue en vertu de l'article 26 de la Convention doit en principe (selon nous, il s'agit de réserver les exigences de l'ordre public) déployer les mêmes effets que ceux qu'elle a dans l'Etat d'origine (35);

- c) enfin et surtout en aval, il y a lieu de tenir compte de l'état du droit de l'exécution dans chaque Etat membre lequel demeure fondamentalement national. C'est pourquoi, malgré les avancées européennes du titre exécutoire, on ne peut perdre de vue qu'en choisissant (le cas échéant, dans la clause d'élection de for conformément à l'article 17) comme juge compétent celui du juge du lieu de l'éventuelle exécution forcée, le plaideur réalisera un appréciable gain de temps et d'argent et améliorera ses chances de recouvrement si le droit de l'exécution applicable y est performant (36).

## SECTION 2. L'ACTE NOTARIÉ ET LA TRANSACTION JUDICIAIRE (ART. 50 ET 51, CONVENTION DE BRUXELLES).— La

---

(35) C.J.C.E., 4 février 1988. Ainsi une décision belge assortie de l'astreinte pourrait, en principe, être exécutoire dans un Etat qui ne connaît pas cette institution (ex.: l'Italie) ou encore un acte notarié belge pourrait être exécutoire en Angleterre alors que dans ce pays, l'acte notarié est sans force exécutoire; voy. aussi en matière de faillite A. MARTIN-SERFF, *La faillite internationale: une réalité économique pressante, un enchevêtrement juridique croissant*, J.D.I., 1, 1995, p. 76.

(36) Comp. au sujet de la Convention de New York du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger, M. LIENARD-LIGNY, *Créances alimentaires et droit international privé*, in *Les ressources de la famille*, Story-Scientia, 1992, p. 147.

Convention de Bruxelles distingue le régime exécutoire du titre judiciaire de celui du titre non judiciaire (acte authentique et transaction). Par dérogation au régime régissant l'exequatur des décisions judiciaires, l'article 50, alinéa 1er de la Convention prévoit que la requête tendant à rendre exécutoire (37) un acte authentique (auquel est assimilée la transaction conclue devant le juge au cours d'un procès et exécutoire dans l'Etat d'origine) (38) dans un Etat contractant, autre que celui où il a été reçu et où il est exécutoire, ne peut être refusée que si l'exécution de l'acte authentique est contraire à l'ordre public de l'Etat requis.

La notion d'acte authentique à formule exécutoire existe dans les pays suivants de la Communauté : Allemagne (art. 724 du Code de procédure civile, référence faite à l'article 52 de la loi du 28 août 1969 sur l'authentification; il faut de surcroît que le débiteur se soit soumis volontairement à l'exécution forcée immédiate (39); Belgique (art. 25 de la loi de Ventôse, An XI);

---

(37) La convention ne traite pas de la reconnaissance des actes authentiques. En effet, il ne s'agit que de rendre exécutoire l'instrumentum sans aborder la question de la validité du negotium à laquelle ne s'étend pas la force probante de l'acte authentique (Voir P. PERRET, *La force exécutoire de l'acte notarié*, thèse, Université d'Auvergne, 1992, p. 133; G. DE LEVAL, *La force exécutoire de l'acte notarié*, in *L'exécution en question*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 137).

(38) Voir déjà supra *C.J.C.E.*, 2 juin 1994; on insiste sur ce que la transaction doit être conclue devant le juge au cours d'un procès; il ne peut donc s'agir d'accords conclus avant le procès; doit-on en déduire que la procédure doit avoir été introduite devant le juge de telle sorte que serait seulement concerné le jugement d'accord ou encore le jugement d'expédient à l'exclusion du procès-verbal d'accord rendu exécutoire par le juge? A nos yeux, ce type d'accord (contrat judiciaire) peut être rangé dans la catégorie des actes authentiques (comp. A. HUET, *J.D.I.* - 2, 1995, p. 468-469 et Ch. PAMBOUKIS, *obs.* sous Paris, 23 novembre 1993, *Rev. crit. D.I.P.*, 1995, p. 91 à 96.

(39) H. WOODEN, *L'exécution forcée en droit allemand et la réforme des voies d'exécution en France*, thèse Lille, 1992, p. 54 et 55. Il s'agit de l'Unterwerfungsklausel. Ce système se retrouve au Japon où les actes notariés contenant une clause d'obligation pécuniaire déterminant le montant de la créance (ou son maximum) et assortis d'une clause de reconnaissance d'exécution forcée peuvent être exécutés sans décision de justice (Y. TANIGUCHI, *Rapport de droit japonais; les japonais et le droit*, in *Le nouveau journal des Huissiers de justice*, 1994, n° 25, dossier spécial consacré au Japon, p. IV). *Add. supra*, note 34.

Espagne (art. 1429 du Code de procédure civile Ley de Enjuiciamiento Civil); France (art. 3, 4<sup>o</sup> de la loi du 9 juillet 1991); Grèce (art. 904 du Code de procédure civile); Italie (art. 474 à 479 du Code de procédure civile); Luxembourg (art. 37 de la loi du 9 décembre 1976, relatif à l'organisation du notariat); Pays-Bas (art. 436 du Code de procédure civile complété par la loi du 9 juillet 1942 relative à la fonction notariale). Au Royaume Uni, seuls les notaires de Londres ont le pouvoir en Angleterre d'authentifier les actes. Mais ce pouvoir n'a d'effet que sur la force probante de l'acte qui n'a en aucun cas force exécutoire au sens technique du terme. En vertu de l'article 50 de la Convention de Bruxelles, l'acte authentique doit être reçu et exécutoire dans l'Etat d'origine de telle sorte que cette disposition fait obstacle à ce que l'acte n'ayant pas force exécutoire en Grande-Bretagne puisse l'acquérir dans un Etat membre qui connaît l'acte notarié exécutoire (40).

Pour que l'acte authentique tombe dans le champ d'application de l'article 50, il doit satisfaire aux conditions suivantes:

- 1) il doit s'agir d'un acte authentique, établi par une autorité publique, au sens large; l'authenticité porte sur le contenu de l'acte et non pas seulement, par exemple, sur la signature ce qui exclut les documents sous seing privé rendus exécutoires (les chèques et les traites n'étant pas établis par ou devant une autorité publique ne tombent pas sous l'application de l'article 50); bref, l'acte doit réunir toutes les conditions nécessaires à son authenticité;
- 2) l'acte doit, par lui-même, être exécutoire dans l'Etat où il a été établi, d'où la nécessité de définir l'étendue exécutoire de l'acte notarié dans chaque Etat membre (ainsi, en France, en Espagne, en Italie, aux Pays-Bas, l'acte notarié ne constitue un titre exécutoire que pour le recouvrement des créances de

---

(40) P. PERRET, *La force exécutoire de l'acte notarié*, Thèse, Université d'Auvergne, 1992, p. 142.

sommes d'argent; en Allemagne l'acte doit avoir pour objet le paiement d'une somme déterminée ou une prestation de choses fongibles ou de valeurs) (41);

- 3) son exécution ne peut être contraire à l'ordre public de l'Etat requis. Un contrôle limité est prévu par les articles 50 et 51; les conditions prévues par les articles 27 et 28 de la convention sont remplacées par la seule vérification de la conformité à l'ordre public de l'Etat requis en ce qui concerne l'exécution projetée; il faut considérer uniquement l'objet de la demande en lui-même ou dans ses conséquences directes et nécessaires; en d'autres termes, le trouble intolérable à l'ordre public ne devra pas résulter du contenu de l'acte mais des effets qu'il doit sortir sur le territoire national en raison de son exécution (42). Certes, la force exécutoire ne peut se développer qu'au profit d'un acte valable mais, conformément à ce qui se produit dans l'ordre interne, l'octroi de la force exécutoire à un acte authentique étranger ne dépend pas d'un contrôle a priori de sa validité; l'article 50, alinéa 1er n'exige donc en aucune manière que l'acte juridique instrumenté soit valable, la validité ou la nullité de l'acte étant une question de fond à poser au juge compétent d'après les règles de compétence directe (43).

Les ressources offertes par l'article 50 de la Convention de Bruxelles ouvrent ainsi de larges perspectives à l'acte notarié. En effet, les inconvénients de l'obtention du jugement dans l'Etat d'origine sont évités et la procédure d'exequatur est soumise à des conditions bien moins strictes que celles qui concernent le titre judiciaire (44).

---

(41) H. WOOPEN, *op. cit.*, p. 55.

(42) F. SCHOCKWEILER, *Motifs de refus de reconnaissance et d'exécution*, cit., p. 170. En ce cas, l'exécution doit donc être entendue au sens propre, c'est-à-dire de réalisation concrète du titre.

(43) Cour d'appel du Luxembourg, 25 novembre 1992, *Pas. lux.*, 1994, p. 40; voir aussi G. DE LEVAL, *op. cit.*, *Act. dr. Liège*, 1994, p. 86 et réf. cit.

(44) Voir aussi H. GENGE, *Le recouvrement des créances après la réforme des voies d'exécution*, *Rev. Banque et Droit*, n° 36, juillet-août 1994, p. 15 à 17 qui écrit: "En



Grâce à l'unité d'interprétation résultant de la jurisprudence de la C.J.C.E. saisie à titre préjudiciel par les juridictions nationales, la convention permet, dès à présent, de réaliser l'objectif fondamental consistant à "supprimer les entraves aux relations juridiques et à la solution des litiges dans l'ordre des relations intracommunautaires" (45) mais on ne peut perdre de vue que la "libre circulation des jugements" ne peut être confondue avec l'exécution volontaire ou forcée de ceux-ci. Or, à ce stade, il reste beaucoup à faire pour améliorer et harmoniser les procédures d'exécution. Il y a urgence car ce qui compte pour le bénéficiaire d'un titre exécutoire, ce n'est pas tant son obtention que son application s'effectuant de façon également efficace dans tous les Etats membres.

Au plan de la compétence, on rappelle la règle de compétence exclusive de l'article 16, 5° aux termes de laquelle sont seuls compétents, sans considération de domicile en matière d'exécution des décisions, les tribunaux de l'Etat contractant du lieu de l'exécution. Les contestations visées par ce texte sont celles auxquelles peuvent donner lieu le recours à la force, à la contrainte ou à la dépossession de biens meubles et immeubles en vue d'assurer la mise en oeuvre matérielle des décisions ou des actes (46). Ainsi, l'article 16, 5° concerne non plus, suivant

---

pratique, si on laisse de côté les personnes morales de droit public, les deux principaux titres exécutoires sont l'acte notarié et le jugement. Or, dans un système de concurrence chronologique entre créanciers, ils sont loin d'être équivalents. Le titre notarié est dressé dès la naissance de la créance, alors que le jugement ne peut être obtenu qu'a posteriori. Il faut donc songer à préparer le recouvrement dès la naissance de la créance.

(45) C.J.C.E., 6 octobre 1976, Rec., 1976, 1473, point 9.

(46) C.J.C.E., 26 mars 1992, aff. C-261/50; voir G. DE LEVAL, *La compétence (généralités)* in *Les Conventions de Bruxelles et de La Haye en matière civile et commerciale*, Ed. La Chartre (publication de l'Union internationale des Huissiers de justice et officiers judiciaires), I (la Convention de Bruxelles, pp. 17 et 18 et réf. cit.). Partant, l'article 16, 5° n'est pas applicable en matière d'autorisation de saisir à titre conservatoire mais une telle décision se prête mal à la circulation internationale puisque la nécessité de faire exequaturer dans l'Etat du lieu d'exécution l'ordonnance obtenue dans un autre Etat tout en ne bénéficiant pas du régime simplifié de la Convention de Bruxelles (supra, note 28) entraîne des risques et des frais démesurés.

l'expression de M. GASPARINETTI, "le produit final" mais la concrétisation forcée de celui-ci dans l'Etat requis (47).

SECTION 3. VERS UNE CONVENTION MULTILATÉRALE D'APPLICATION MONDIALE PERMETTANT LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS JUDICIAIRES ?— Voy. Annexe: Conférence de La Haye de droit international privé, Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale établies par le Bureau Permanent.

---

(47) Ce texte - art. 15, 5° - vise un sujet qui n'est pas autrement couvert par la convention - l'exécution forcée des décisions - et pour lequel la compétence exclusive de l'Etat d'exécution va de soi (H.D. TEBBENS, *Convention de Bruxelles: développements récents*, J.T. droit européen, 1995, p. 218).

### III

#### QUELQUES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DE L'EXECUTION

SECTION 1. LES LIMITES D'UNE HARMONISATION DU DROIT DE L'EXECUTION.— Uniformiser le droit du recouvrement par voie de procédure individuelle ou collective conduirait à devoir “remodeler l'entièreté des systèmes juridiques” (48). Les saisies se trouvent à l'intersection du droit des personnes, du droit des contrats, des régimes matrimoniaux, des règles successorales, du droit des obligations, du droit fiscal, du statut des biens (49) et surtout du droit des sûretés.

Les liens doivent être soulignés entre le droit des sûretés et le droit des saisies:

1. le droit des saisies permet la réalisation de la sûreté;
2. le fond du droit gouverne fréquemment la procédure; il peut y avoir “conjugaison d'une procédure spécifique et d'un privilège”(50);
3. parfois, il réduit l'effectivité de la sûreté en créant des cas d'insaisissabilité (voir, par exemple, l'assiette du gage du

---

(48) N. WATTE, *La faillite internationale: quelques observations sur l'application du Traité néerlandais-belge du 28 mars 1925 et l'interprétation de la “lex concursus” étrangère*, R.C.J.B., 1993, p. 457, n° 6.

(49) Le régime de la saisie est déterminé par le bien qu'elle appréhende. C'est pourquoi il est nécessaire d'adapter les procédures à la diversification des biens nouveaux sur lesquels les voies d'exécution peuvent s'exercer; tel est singulièrement le cas pour les parts sociales et les valeurs mobilières, les produits bancaires et financiers, le matériel informatique, les brevets, les bateaux et les navires, les aéronefs, ...

(50) P.H. THERY, *L'après-jugement, aspect sociologique*, n° 12, p. 263.

- bailleur d'un immeuble loué à des fins privées);
4. une saisie peut produire des effets semblables à une sûreté (tel est le cas de la transcription d'une saisie immobilière conservatoire) (51);
  5. le renforcement de l'aspect collectif des procédures peut être perturbateur des règles de l'ordre des sûretés; au demeurant, les difficultés réelles pour organiser une procédure collective tiennent davantage au droit des sûretés qu'au droit de la procédure;
  6. une meilleure information sur les causes de préférence est assurée par l'avis de saisie (art. 1390 nouveau, C. jud. qui prévoit que l'avis doit indiquer notamment la nature, le montant de la créance du saisissant, les causes éventuelles de préférence et la description des biens saisis).

Dans ce contexte d'étroite imbrication du droit procédural et du droit substantiel, le réalisme commande de limiter ses ambitions et d'appeler de ses vœux dans chaque Etat membre l'existence d'instruments aux performances comparables depuis l'obtention du titre exécutoire jusqu'à la réalisation des droits du créancier. L'harmonisation du droit de l'exécution ne peut donc s'entendre que comme un rapprochement progressif au niveau des principes essentiels entre les différents systèmes juridiques des Etats membres. Une telle solution se concilie parfaitement avec le principe de la subsidiarité. En bref, il s'agit de dégager, par delà la diversité, des principes communs permettant la même efficacité et la même humanité dans le recouvrement. Si tel n'était pas le cas, on pourrait redouter que les créanciers évitent les Etats dans lesquels les possibilités de recouvrement sont moindres et que des débiteurs astucieux se réfugient dans certains Etats leur offrant une immunité qui ne se retrouve pas ailleurs. Il importe dès lors qu'un accord puisse se dégager sur un certain nombre de principes de base même si les règles de

---

(51) Dans certains systèmes, un traitement préférentiel est reconnu au premier saisissant (*infra* section 2, § 4).

procédure et de droit substantiel des Etats membres demeurent différentes. En outre, l'examen comparatif des législations nationales n'interdit pas que des emprunts s'opèrent de manière réciproque afin d'améliorer, dans chaque Etat membre, le régime des voies d'exécution (exemple, l'art. 1526 bis du Code judiciaire procède directement de l'article 52 de la loi française du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution) (52).

SECTION 2. PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT DE L'EXÉCUTION.— Les principes fondamentaux du droit de l'exécution concernent le titre exécutoire (§ 1er), son efficacité (§ 2), la protection du débiteur (§ 3), les situations de concours (§ 4), le personnel de l'exécution (§ 5), les procédures adaptées à la nature de la créance (§ 6).

Avant d'examiner ces différents points, il importe d'insister sur le rôle des mesures conservatoires (adde. art. 24, Conv. de Bruxelles) (53). Ce n'est pas le lieu d'examiner les conditions de forme et de fond des mesures conservatoires ni les recours dont elles peuvent être l'objet ou leurs effets. Il importe cependant de rappeler qu'en vertu de l'article 39 de la Convention de Bruxelles, il peut être procédé à des mesures conservatoires sur le fondement de la décision d'exequatur non exécutoire par provision mais, plus fondamentalement, il faut s'interroger sur l'instauration du *titre conservatoire européen* en ce sens que toute

---

(52) Voir aussi étude comparée des procédures de vente forcée des immeubles dans les pays de la C.E.E., Fédération hypothécaire auprès de la C.E., 1993, synthèse et conclusions, p. 1: "Cette nécessité de coordination provoquée par la perspective du grand marché européen se double d'une opportunité, le saisir au plan national par chaque Etat membre, de remédier à certaines lourdeurs de mise en oeuvre des voies d'exécution immobilière".

(53) Voir à ce sujet G. DE LEVAL, *Les mesures provisoires et conservatoires in Les Conventions de Bruxelles et de La Haye en matière civile et commerciale*, Ed. La Charte (éd. de l'Union internationale des Huissiers de justice et Officiers judiciaires), I, Convention de Bruxelles, p. 31 à 33.

décision, même non exécutoire nonobstant opposition ou appel, devrait tenir lieu d'autorisation de saisir conservatoirement pour les condamnations prononcées, à moins qu'il n'en ait été décidé autrement et sans exequatur préalable. Une telle mesure conservatoire ne pourrait être mise en oeuvre que dans les cas requérant célérité (chaque fois que le créancier pourrait sérieusement redouter l'organisation ou la survenance de l'insolvabilité de son débiteur). Toute demande de mainlevée devrait être soumise au juge du domicile du débiteur saisi ou du lieu de la saisie.

§ 1. *Le titre exécutoire.*— On a déjà évoqué les trois stades auxquels le titre judiciaire devait être envisagé:

— dans l'Etat d'origine lors de son obtention; idéalement, il importerait d'éliminer les disparités nationales relatives à la durée et au coût des procédures, à l'exercice des recours et au régime de l'exécution provisoire (54).

Il ne suffit pas que le titre soit exécutoire, encore faut-il que celui-ci énonce les modalités d'exécution de manière suffisamment précise et complète afin qu'en aucun cas la décision ne soit elle-même porteuse d'un contentieux;

— entre l'obtention du titre exécutoire dans l'Etat d'origine et son exécution dans l'Etat requis, prend place la procédure d'exequatur.

En cas d'exequatur, le contenu du titre exécutoire, c'est-à-dire la décision de l'Etat requis accordant l'exequatur, a son contenu défini par le titre rendu exécutoire. En d'autres termes, la décision d'exequatur ne donne pas naissance à des

---

(54) Commission des Communautés européennes (93576), Livre vert. L'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le marché unique, p. 69: "Une tendance "commune" qui semble se dégager dans les Etats membres concerne l'exécution provisoire du jugement de première instance: pour les pays qui viennent de l'adopter (exemple: l'Italie), il s'agit d'une mesure qui vise à dissuader les "appels dilatoires" (appel dont le seul but est celui de traîner en longueur la procédure ...)".

droits; elle donne des effets dans l'Etat requis à des droits régulièrement acquis dans l'Etat d'origine (55);

- au stade de la concrétisation du titre, de la réalisation du droit par voie de saisie régie par le droit national de chaque Etat membre, la fonction du titre exécutoire peut varier d'un Etat à l'autre; dans certains Etats, la procédure d'exécution procède du seul titre exécutoire; l'intervention d'un juge n'est pas nécessairement requise. Dans d'autres Etats, un contrôle judiciaire est exigé avant la mise en oeuvre de toute procédure d'exécution.

Ainsi, si certains Etats imposent un contrôle judiciaire systématique (56), d'autres ne prévoient celui-ci qu'en cas d'incident de telle sorte qu'une nouvelle disparité surgit entre les titres exécutoires avant même que la saisie-exécution ne soit entamée.

Enfin, si certains Etats imposent la détention d'un titre exécutoire pour être associés à une procédure de répartition, d'autres Etats ne formulent pas une telle exigence. Il arrive même que ces règles au sein d'un même Etat puissent varier d'une procédure à l'autre (voir, par exemple, l'association des créanciers aux procédures de répartition en matière de distribution par contribution ou d'ordre en droit belge).

## § 2. L'efficacité du droit de l'exécution.— “A la différence des

---

(55) C'est donc à juste titre que la C.J.C.E. a décidé (20 janvier 1994, aff. C-129/92) que “la Convention de Bruxelles et en particulier ses articles 21, 22 et 23 ne s'appliquent pas aux procédures ni à des problèmes qui se posent dans le cadre de procédures survenant dans des Etats contractants au sujet de la reconnaissance et de l'exécution de jugements rendus en matière civile et commerciale dans des Etats tiers’.

(56) B. CAPPONI, *Una prospettiva di armonizzazione: il titolo esecutivo europeo* (Paris, 4 juin 1993, Colloque international “Les professionnels du droit au sein du nouvel espace judiciaire européen”); R. PERROT, *op. cit.*, R.T.D.C. (hors série), 1993, p. 171, n° 8; projet de directive sur le rapprochement des lois et règles des Etats membres concernant certains aspects de la procédure civile, p. 109.

codes ou des lois, les décisions de justice appellent une prompte exécution; on ne peut dire qu'elles se font avec le temps, elles se veulent toutes faites et elles ne peuvent que craindre le temps qui, souvent, volens nolens, s'emploie à les défaire et les détruire" (57).

A. *La déclaration et transparence du patrimoine.*— Il importe que la situation de la partie condamnée puisse être connue avec précision. Certes, en cas d'insolvabilité du débiteur, il est inutile de diligenter une procédure mais son insolvabilité peut être fictive en cas d'occultation de ses biens saisissables.

Indépendamment de la sanction des agissements visant à organiser l'insolvabilité du débiteur (58), l'efficacité des voies d'exécution nécessite des moyens légaux permettant de localiser le patrimoine du débiteur et d'en connaître le contenu.

Aux termes de l'article 12.4 du "projet de directive sur le rapprochement des lois et règles des Etats membres concernant certains aspects de la procédure civile": "Afin de permettre au

---

(57) F. TERRE, *Rapport de synthèse sur l'effectivité des décisions de justice*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXXVI, 1985, Ed. Economica, p. 17; voir aussi Ph. THERY, *op. cit.*, p. 213, n° 5: "En la matière le temps est tout. Le risque est lié au terme. Pour recouvrer une créance, garantie ou non, chacun sait que plus on tarde, plus on risque de perdre. Le débiteur oublie, s'appauvrit; d'autres créanciers agissent et les voies d'exécution durent. Le temps c'est de l'argent. Le temps perdu par le créancier est de l'argent gagné par le débiteur; le temps perdu par le débiteur, c'est de l'argent bien gagné par le créancier"; voir aussi la recommandation de la Commission des Communautés européennes concernant les retards de paiement dans les transactions commerciales.

(58) Voir P.H. THERY, *Rapport de synthèse*, p. 218, n° 22: "On connaît de ces débiteurs qui exercent leur activité dans des locaux qui appartiennent à des Sicomi avec des biens acquis en leasing et des marchandises grevées d'une réserve de propriété. L'erreur serait de croire que le phénomène est totalement nouveau"... "de son débiteur professionnel, Maxime de TRAILLES disait: "sa science en fait de jurisprudence commerciale était si complète qu'un agréé ne lui eut rien appris. Vous savez qu'alors il ne possédait rien. Sa voiture et ses cheveux étaient loués; il demeurait chez son valet de chambre. Membre de trois clubs, il y dînait quand il n'avait aucune invitation en ville" (Honoré de Balzac).



créancier, porteur d'un titre exécutoire et justifiant de recherches infructueuses des biens saisissables, de diligenter la procédure d'exécution, chaque Etat membre doit prévoir: 1) l'obligation pour le débiteur de déclarer, au créancier ou à l'autorité appropriée, les éléments de son patrimoine; 2) l'autorité qualifiée pour imposer à des tiers de donner aux agents d'exécution les informations qu'ils détiennent à ce sujet. Les tiers visés sont, entre autres, les organismes auprès desquels un compte est supposé ouvert au nom du débiteur; 3) les sanctions des obligations précitées"(59). Si cette excellente disposition était mise en oeuvre dans tous les Etats membres, non seulement l'efficacité des procédures serait améliorée dans chaque Etat mais aussi les déplacements de biens d'un Etat à l'autre en vue de permettre au débiteur de se soustraire à une saisie deviendraient inopérants. On ajoute que seule la connaissance précise de tous les éléments actifs et passifs (voy. en droit belge la publicité des saisies) du patrimoine du débiteur permet la négociation et l'adoption d'un plan d'apurement.

Une réglementation précise de la déclaration de patrimoine s'impose afin de concilier l'efficacité de la procédure et, d'une part, les règles de l'insaisissabilité et, d'autre part, la protection du débiteur et des tiers contre toute mesure d'investigation inopportune, inadéquate ou excessive.

B. *Le concours des pouvoirs publics.*— L'efficacité du droit de l'exécution dépend aussi de l'attitude des pouvoirs publics dont le concours peut être indispensable à la mise en oeuvre du titre. Cette matière révèle l'interpénétration constante du droit public et du droit privé (60).

---

(59) Selon Monsieur TARZIA (*op. cit.*, *Rivista di diritto processuale*, 1994, n° 1, p. 205 et s.), cette obligation ne pourrait être assortie que d'astreintes et non de sanctions pénales.

(60) P. ANCEL, *L'exécution par la puissance publique*, R.T.D.C. (hors série), 1993, p. 149, n° 24. Cette problématique doit être distinguée de deux autres

Le justiciable nanti d'une décision de justice, attendue depuis longtemps et obtenue parfois à grands frais, dûment revêtue de la formule exécutoire, est en droit de compter sur l'appui de la force publique pour assurer l'exécution du titre qui lui a été délivré (61). La crédibilité de l'institution judiciaire et l'intérêt tant général que particulier commandent le respect des décisions judiciaires sans lequel il n'y a pas d'Etat de droit, lequel doit précisément pouvoir s'imposer par la contrainte. L'idée de justice ne se réalise pas seulement dans la sagesse des décisions juridictionnelles mais elle s'exprime aussi dans leur rapidité et leur effectivité.

En cas de résistance, l'agent d'exécution ne peut user de violences pour la neutraliser car "le monopole de la contrainte physique légitime appartient à l'Etat"(62); c'est pourquoi l'agent d'exécution doit pouvoir faire appel, le cas échéant, à titre préventif, directement et personnellement, à la force publique.

Le concours de celle-ci peut être refusé alors même qu'il existe un titre exécutoire actuel et efficace lorsque l'exécution par la contrainte risquerait de causer un trouble de l'ordre public, une atteinte à la sécurité publique (63). En cas de difficulté sérieuse, les forces de l'ordre doivent la soumettre au ministère public qui, sous sa responsabilité, appréciera la légitimité du refus de prêter main-forte.

---

situations: celle de l'exécution par les pouvoirs publics (faut-il qu'ils bénéficient de procédures simplifiées et plus efficaces pour le recouvrement de leurs créances? Ainsi, il est parfois soutenu que le recours à une procédure particulière de recouvrement d'une créance fiscale s'inscrit dans la nécessité de permettre à l'Etat de mener à bien sa politique et de faire face à ses engagements envers la collectivité) et de l'exécution contre l'Administration. Il s'agit de l'immunité d'exécution. On se réfère à ce sujet au nouvel article 1412 bis du Code judiciaire.

(61) Voir J.B. AUBY, *L'exécution avec le concours de la force publique*, R.T.D.C. (hors série), 1993, p. 123 à 134. Voir aussi G. DE LEVAL, *Le ministère public en matière civile*, in *Un ministère public pour son temps*, Colloque tenu au Palais de Justice de Bruxelles les 7 et 8 octobre 1994, p. 70 à 75.

(62) J.B. AUBY, *op. cit.*, p. 125, n° 7.

(63) J.B. AUBY, *op. cit.*, p. 128, n°s 17 et 18.

Certes, "l'application rigoureuse, totale, immédiate du droit (des jugements comme du reste) est loin d'être toujours possible. Il faut bien souvent composer, supporter l'effet de contre-règles, ménager des précautions d'ordre ... l'Etat de droit ne se trahit pas en acceptant cela, à la condition qu'il offre en suffisance la contrepartie de recours et d'indemnisations" (64).

Enfin, il importe de mentionner, concurremment à l'astreinte, le rôle de la sanction pénale lorsque le non-respect d'une obligation civile est érigée en infraction (65).

§ 3. *La protection du débiteur.*— La revalorisation du titre exécutoire et l'optimisation du droit du recouvrement ne peuvent se réaliser en anéantissant le débiteur. Dans nos sociétés, l'endettement ne peut être une cause d'exclusion sociale (66). C'est pourquoi le droit du créancier n'est pas illimité; il doit se concilier avec une protection minimale du débiteur. En voici les principaux aspects :

A. *L'abus de droit.*— En vertu de l'article 22, alinéa 2 de la loi française du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution: "Le juge de l'exécution a le pouvoir d'ordonner la mainlevée de toute mesure *inutile ou abusive* et de condamner le créancier à des dommages et intérêts en cas d'abus de saisie". Cet abus, reposant sur une disproportion entre l'intérêt servi et l'intérêt lésé, s'apprécie en fonction de multiples paramètres : le montant de la créance; l'information préalable du débiteur; les frais exposés par rapport au montant de la créance (voir art. 18, al. 2 de la même loi et la règle de subsidiarité

(64) J.B. AUBY, *op. cit.*, p. 134, n° 45.

(65) Sur le rôle respectif de la sanction pénale et de l'astreinte, voir G. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 69, n° 15.

(66) Voir au sujet des impératifs sociaux, R. PERROT, *op. cit.*, R.T.D.C. (hors série), 1993, p. 172, n° 10.

édictee à l'article 51, alinéa 1er); la valeur tantôt dérisoire, tantôt excessive (compte tenu de l'existence d'autres biens aisément réalisables) de l'assiette de la saisie; le résultat directement ou indirectement escompté. L'abus de droit peut s'appliquer non seulement à la mise en oeuvre de la procédure mais aussi à son maintien ou à son implacable poursuite.

B. *La conservation par le débiteur et sa famille d'un minimum de biens indispensables à leur survie matérielle (règle de l'insaisissabilité).*— Les biens insaisissables sont en règle de nature mobilière; mobilier familial ou professionnel; revenus du travail et revenus assimilés. Une corrélation doit être établie entre la sauvegarde d'un minimum vital conforme à notre conception de la dignité humaine et la neutralisation de toute manoeuvre par laquelle le débiteur soustrairait des éléments saisissables de son patrimoine aux poursuites de ses créanciers. A la légitime amélioration de la protection du débiteur et de sa famille doit correspondre le renforcement des mesures permettant de vaincre la déloyauté ou l'insincérité du débiteur. On en revient ainsi à la déclaration (spontanée, contrôlée ou imposée) de patrimoine comme indispensable contrepoids aux abus dont le débiteur pourrait se rendre coupable.

Les règles de l'insaisissabilité varient d'un Etat à l'autre tant en ce qui concerne les biens protégés que l'ampleur de la protection et les dérogations apportées à celle-ci (67). Cette

---

(67) Voy. en matière de revenus la recherche de Maître Charles VANHEUKELEN sur la protection de la rémunération dans les Etats membres de l'Union européenne. La matière des saisies des rémunérations nécessite la formulation de règles spéciales parce que les rémunérations constituent souvent la seule source de revenu de la plus grande partie des personnes et qu'il y a lieu de maintenir à son bénéficiaire un minimum de solvabilité et dès lors de crédit qui disparaîtrait si un créancier unique pouvait, de manière durable, se faire affecter la portion disponible du salaire (Ph. THERY, *Rapport français sur le droit de l'exécution*, p. 55). De plus, il s'agit d'une saisie particulièrement efficace puisque suivant la formule de M. R. PERROT, la contrainte juridique remplace la contrainte matérielle.

situation compromet l'égalité efficace du droit de l'exécution mais il est vrai qu'il faut aussi tenir compte des conditions d'existence dans chaque Etat membre (niveau de vie; situation économique, ...).

Il y a lieu aussi de faire mention de règles de l'*immunité d'exécution* dans la mesure où l'on assiste à la fin des immunités absolues; une personne protégée ne peut plus être, par principe, soustraite aux voies d'exécution; l'immunité devient relative en ce sens que doivent être préservés les seuls biens indispensables au fonctionnement de la personne publique (nationale ou étrangère) protégée (68).

*C. Le droit d'opposition du saisi.*— Ce droit permet au saisi, sous réserve de résistance abusive l'exposant à des dommages-intérêts de contester la régularité (violation des règles de procédure) ou la validité (défaut d'un titre exécutoire actuel et efficace; abus de droit) de la saisie. Généralement, le recours n'est pas par lui-même suspensif. Par ailleurs, l'efficacité immédiate de la décision peut être assortie de modalités permettant de réaliser un subtil équilibre entre les prétentions en présence (69).

---

(68) Au sujet de la loi belge, voir la contribution de Monsieur LEWALLE; au sujet de l'immunité d'exécution des Etats étrangers, voir Philippe THERY, obs. sous Paris, 9 juillet 1992, *Rev. Arb.*, 1994, p. 37 à 140; voir aussi sur l'immunité d'exécution en Allemagne, H. WOOPEN, *op. cit.*, p. 231; comp. en France, F. DELVOLVE, *L'exécution contre l'Administration*, R.T.D.C. (hors série), 1993, p. 151 à 164; voir aussi J. VERHOEVEN, *Immunité et exequatur*, J.T., 1994, p. 790 à 793.

(69) Exemple: les art. 26 et 31 du décret français du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution. Art. 26: "La décision de mainlevée emporte, dans la limite de son objet, suspension des poursuites dès son prononcé et suppression de tout effet d'indisponibilité dès sa notification". Art. 31: "En cas d'appel, un sursis à l'exécution peut être demandé au premier président de la Cour d'appel. La demande est formée par assignation en référé délivrée à la partie adverse et dénoncée, s'il y a lieu, au tiers entre les mains de qui la saisie a été pratiquée. Jusqu'au jour du prononcé de l'ordonnance par le première président, la demande de sursis à exécution suspend les poursuites si la

D. *Le respect de la vie privée du débiteur.*— Le respect de la vie privée ne peut être invoqué de manière absolue dans le dessein illégitime de se dérober à l'exécution de ses obligations et de faire échec au droit de ses créanciers (70). Pour sa concrétisation, le droit des saisies nécessite certaines atteintes à la vie privée du débiteur par exemple en cas de saisie mobilière nécessitant une ouverture forcée des portes et des meubles (art. 1504, C. jud. et 20 et 21 de la loi française sur les procédures civiles d'exécution). Mais en tout état de cause, la loi comporte les correctifs nécessaires (exemple, l'accès aux avis de saisie, de cession et de délégation). C'est à cette problématique que se rattache également la réglementation de la déclaration de patrimoine.

E. *La prévention des ventes publiques désavantageuses.*— La vente publique des meubles produit le plus souvent des résultats médiocres. Il faut encourager la vente amiable (71).

F. *Les alternatives au droit de l'exécution.*— L'idée, on l'a déjà dit, est de substituer à la réalisation de tout ou partie du patrimoine un plan de remboursement. On signale l'institution

---

décision attaquée a ordonné leur continuation; elle proroge l'effet d'indisponibilité attaché à la saisie si la décision attaquée a ordonné la mainlevée ...

(70) Cass. fr., 19 mai 1991, *R.T.D.C.*, 1992, 189 et obs. R. PERROT; *R.T.D.C.*, 1992, p. 101 et obs. J. MESTRE; voy. aussi Cass. fr., 20 juillet 1994, *Dall.*, 1994, I.R., p. 205.

(71) Monsieur TARZIA estime qu'il faut laisser aux législateurs nationaux l'appréciation de cette question délicate en fonction du contexte social dans lequel a lieu l'exécution (*Rivista di diritto processuale*, 1994, n° 1, p. 205 à 219). Ainsi au Japon, "la vente se heurte à un obstacle majeur parce que le japonais n'achète rien d'occasion. C'est pourquoi n'ayant pas d'acheteur, l'huissier (le *shikkō-kan*) organise sur place une sorte de vente où, seuls, des professionnels achètent les meubles saisis pour les revendre au débiteur. Le professionnel gagne quelques yens et le débiteur garde ses meubles" (*Les japonais et le droit, Le nouveau journal des Huissiers de Justice*, 1994, n° 25, dossier spécial consacré au Japon, p. XXX).

de l'administration forcée de l'immeuble en droit allemand; "devant le tribunal, le créancier a le choix entre deux procédures de portée différente : il peut demander soit la saisie et la vente aux enchères de l'immeuble, soit une administration forcée qui lui assure de bénéficier des fruits de l'immeuble". ... "Si le créancier dispose d'une créance relativement élevée, il aura intérêt à entamer la procédure de vente aux enchères. Si l'immeuble rapporte des bénéfices considérables, par exemple une maison à usage locatif, le créancier d'une somme moins élevée aura intérêt à choisir la procédure de l'administration forcée; il évitera ainsi la procédure compliquée de la vente aux enchères de même que le risque qu'il n'y ait pas d'enchère suffisante" (72).

Ces problèmes essentiels doivent être appréciés compte tenu du contexte économique et social dans lequel ils surgissent; l'intérêt public exige, dans des proportions accrues, une exécution forcée socialement supportable (73). Peut-être s'agit-il d'un contrepoids né "des ambiguïtés de la société de consommation qui, tout en invitant les plus vulnérables à s'endetter, les expose en même temps, plus qu'avant, à des soubresauts économiques imprévisibles" (74).

---

(72) H. WOOPEN, *op. cit.*, p. 91; signalons que ce système se retrouve au Japon (Y. TANIGUCHI, *Rapport de droit japonais*): "Lorsque le débiteur est propriétaire d'un bien difficile à vendre mais qui produit des revenus, le créancier peut en demander au tribunal le contrôle forcé. Le juge de l'exécution nomme alors un contrôleur, en général un huissier, qui le gère et en perçoit les revenus pour le compte du créancier. C'est une procédure employée pour des biens trop grands, trop complexes, qui ne sont pas faciles à vendre mais dont on peut escompter des revenus continus. Cette procédure peut se transformer à tout moment en saisie immobilière" (*Rev. Huis. préc.*, p. XXII); comp. en Belgique, l'article 1576 du Code judiciaire. Indépendamment de ce texte, cette heurteuse solution est transposable en droit belge en cumulant une saisie-arrêt et une saisie immobilière conservatoire dont la transcription prévient toute aliénation ou tout acte de disposition sur le bien.

(73) Voir aussi R. PERROT, *op. cit.*, R.T.D.C., 1993, p. 172 et 173, n°s 10 à 12.

(74) Y. DESDEVISES, *L'incidence du silence du débiteur sur la subsidiarité de certaines saisies-vente*, *Dalloz*, 1993, Chron. XXXVI, p. 162.

Il est très symptomatique de relever que la médiation ne se développe pas seulement dans le domaine de l'endettement des particuliers mais que cette idée se retrouve également en droit administratif (75).

§ 4. *La conciliation des intérêts opposés ou concurrents.*— Chaque procédure d'exécution met en présence des protagonistes aux intérêts opposés ou concurrents (*bellum omnium contra omnes*). La question fondamentale est de savoir si la saisie confère ou non au créancier premier saisissant le droit d'être payé par préférence aux autres créanciers.

Plusieurs solutions sont possibles:

1. - ainsi, *en droit belge (il en va de même en Italie et au Luxembourg), sous réserve des causes légitimes de préférence, le fait d'être premier saisissant ne confère aucune cause de préférence* (76); mais ainsi que l'écrit Monsieur le Procureur général KRINGS, "il faut bien admettre que l'égalité entre créanciers n'est pratiquement plus qu'un leurre. Le premier responsable est le législateur qui ne néglige aucune occasion pour assortir l'une ou l'autre créance d'un privilège, en sorte qu'il ne reste rien ou presque rien pour les chirographaires" (77);

---

(75) Voir par exemple le décret du 22 décembre 1994 portant création de l'institution de médiateur de la Région wallonne (*M.B.*, 19 janvier 1995); spéc. art. 12, § 5 aux termes duquel le médiateur ne peut remettre en cause le bien fondé d'une décision juridictionnelle mais a la faculté de faire des recommandations à l'autorité administrative mise en cause. Il peut, en outre, en cas d'inexécution d'une décision de justice passée en force de chose jugée, enjoindre à l'organisme mis en cause de s'y conformer dans un délai qu'il fixe. Si cette injonction n'est pas suivie d'effet, l'inexécution de la décision de justice fait l'objet d'un rapport spécial présenté dans les conditions prévues à l'article 16, alinéa 2 et publié au *Moniteur belge*; adde. en matière pénale, M. VAN DE KERCKHOVE, *Médiation pénale et travaux d'intérêt général*, *J.T.*, 1995, p. 6 et s.

(76) Voy. J. VAN COMPERNOLLE, *Le caractère collectif des saisies*, *Liber amicorum Em. E. KRINGS*, p. 843 à 860.

(77) E. KRINGS, *Synthèse des travaux du colloque consacré aux sûretés*, *Cah. dr. jud.*, n° 9, 1992, p. 72, n° 37 et *Actuele trends inzake zekerheden*, *T.P.R.*, 1992, p. 695. On peut comprendre dans un tel contexte le désarroi de certains créanciers



2. - *en droit allemand* (il en va de même au Portugal), le fait d'être *premier saisissant* garantit un *paiement prioritaire* mais la doctrine doute de la constitutionnalité d'une telle règle au regard de l'égalité devant la loi (78);
3. - *le droit français* connaît un *système mixte*; dans certains cas, la saisie favorise le premier saisissant (la *saisie-attribution* dans sa phase conservatoire confère un privilège tandis que dans sa phase exécutoire, elle produit immédiatement un effet de transfert de propriété) (79); par contre, en cas de *saisie-vente*, l'article 54 de la loi du 9 juillet 1991 stipule que "seuls sont admis à faire valoir leurs droits sur le prix de la vente les créanciers saisissants ou opposants (détenteurs d'un titre exécutoire, art. 50) (80) (81) qui se sont manifestés avant la

---

non privilégiés qui n'hésitent pas "à tenter leur chance" en diligentant parfois des procédures concurrentes; voir aussi étude comparée des procédures de ventes forcées des immeubles dans les pays de la C.E.E., concl. p. 6: "La réduction des obstacles nationaux les plus criants et la convergence naturelle des diverses procédures seraient insuffisantes pour garantir pleinement la sécurité des crédits transfrontaliers et la saine concurrence à l'intérieur de la C.E.E. si, en amont, la fiabilité des systèmes d'enregistrement des hypothèques ne permettait pas aux établissements de crédit d'évaluer exactement le risque des opérations projetées. L'essor du crédit hypothécaire dans la C.E.E. va donc dépendre également du contenu des renseignements consignés dans le registre des hypothèques de leur accessibilité. La coordination des procédures de saisie immobilière serait vaine si subsistait des disparités de traitements entre créanciers en raison de la primauté de créances occultes. Sans prétendre faire disparaître totalement et immédiatement les sûretés occultes, il nous paraît urgent de s'attarder à les réduire au minimum. De plus, il est nécessaire d'établir clairement la liste des privilèges et le rang qu'ils occupent. A défaut, l'ordre des créanciers sera incertain et le traitement des titulaires de sûretés réelles disparates selon le pays de situation de l'immeuble financé".

(78) H. WOOPEN, *op. cit.*, p. 87 et note 200; réf. à P. SCHLOSSER, *Vollstreckungsrechtliches Prioritätsprinzip und Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz* in *Z.Z.P.* 97, 1984, p. 113 et s.; sur le droit de préférence du premier saisissant, voir aussi les développements importants de H. WOOPEN, *op. cit.*, p. 80 à 90.

(79) Voir à ce sujet, R. PERROT, *op. cit.*, p. 180, n° 20; *add.* M. BANDRAC, *Procédures civiles d'exécution et droit des sûretés*, R.T.D.C. (hors série), 1993, p. 60, n° 27.

(80) Encore faut-il que les créanciers se connaissent (voir not. l'art. 5 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992) et Rapport de synthèse de M. PERROT lors du

vérification des biens saisis et ceux qui, avant la saisie, ont procédé à une mesure conservatoire sur les mêmes biens" (82). Enfin, la règle du concours est, sous réserve des causes légitimes de préférence, applicable lors d'une *saisie sur les rémunérations* y compris à l'égard d'un cessionnaire antérieur désormais réputé saisissant pour les sommes qui lui restent dues, tant qu'il est en concours avec d'autres créanciers saisissants.

Il s'agit très certainement d'une des questions les plus difficiles à régler dans le cadre de l'Union européenne. La règle de la "*par condicio creditorum*" qui met tous les créanciers sur le même pied lors de la procédure de répartition est donc mise en échec non seulement en raison des causes de préférence qui peuvent varier d'Etat à Etat (sans compter les difficultés suscitées par les règles de conflit applicables au droit des sûretés) mais aussi par la traitement préférentiel qui peut être réservé aux créanciers les plus diligents. A très juste titre, Monsieur TARZIA souligne qu'une règle qui favorise en tant que tel le créancier premier saisissant avantage les créanciers les plus proches et donc les créanciers nationaux par rapport aux créanciers étrangers (83).

---

Colloque de Liège du 9 décembre 1994).

(81) Voir à ce sujet les judicieuses observations de H. WOOPEN, *op. cit.*, p. 88 qui écrit: "ce système a pour conséquence la formation d'un groupe de créanciers privilégiés par comparaison aux autres créanciers sans titre exécutoire; un tel résultat est évité par la procédure collective allemande qui admet la participation de créanciers sans titre exécutoire à la répartition des biens du débiteur"; comp. en droit belge, les articles 1627 et suivants du Code judiciaire en matière de distribution par contribution.

(82) Il est extrêmement intéressant de relever qu'en droit français, les opposants sont associés aux incidents de la procédure de saisie-vente (à propos de la mainlevée, voir l'article 124 du décret du 31 juillet 1992; à propos de l'action en distraction, voir l'article 128 en vertu duquel le créancier saisissant met en cause les créanciers opposants).

(83) *Rivista di diritto processuale*, 1994, n° 1, p. 205 à 219; voir toutefois les art. 7 et 220 du *Traité de Rome* et C.J.C.E., 10 février 1994 (*supra*, note 18); *add.* et comp. en matière de *cautio judicatum solvi*, C.J.C.E., 1er juillet 1993, J.T., 1994, 36; *Rev. crit. D.I.P.*, 1994, 633 et les obs. de G.A.L. DROZ et en matière

Enfin, il faut insister sur l'importance des procédures de répartition qui doivent être rapides, déjudiciarisées au maximum et peu onéreuses. On le voit, il existe de multiples causes de disparité dans le traitement entre les créanciers.

### § 5. *Le personnel de l'exécution.*

A. *Un juge spécialisé – Le rôle du juge* (84).— Toutes les procédures de recouvrement devraient être centralisées entre les mains d'un juge spécialisé appelé à connaître de toutes les contestations suscitées par la saisie (y compris celles qui portent sur le fond du droit), à délivrer les autorisations requises, à apprécier la régularité, la légalité et, le cas échéant, l'opportunité des poursuites et à surveiller le déroulement de celles-ci (exemple: art. 1396, C. jud. belge).

L'intervention du juge se situe:

– soit, *avant l'exécution forcée*, lorsqu'il énonce les moyens propres à assurer l'effectivité de sa décision, singulièrement en cas d'exécution directe d'une obligation de faire ou de ne pas faire, en l'assortissant au besoin d'une astreinte, ou, en prévoyant des contrôles à date fixe, afin d'apprécier la soumission ou l'obstruction du justiciable à l'ordre du juge qui pourra en tirer toutes les conséquences. Le contrôle du suivi de l'exécution volontaire peut être indispensable à l'effectivité de la décision qui, le cas échéant, doit être adaptée à l'évolution de la situation litigieuse (85);

---

d'injonction de payer, *C.J.C.E.*, 13 juillet 1995, *Rev. crit. D.I.P.*, 1996, 152 et les importantes observations de H. GAUDEMET-TALLON, p. 159-160.

(84) Voy. les observations pénétrantes de R. LAUBA et F. RUELLAN, *Brèves réflexions sur la réforme des voies d'exécution*, *Gaz. Pal.*, 17-19 décembre 1995, p. 30 à 35.

(85) Au besoin, la décision sera assortie d'une mesure d'expertise destinée à assurer l'efficacité de la condamnation intervenue (Y. HANNEQUART, *L'expertise et le procès en responsabilité*, *Mélanges Dalq*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 264 à 268). En matière de saisie du matériel informatique, voy. le rapport de Monsieur DEHIN, n° 33; en matière d'astreinte et de droit de visite, voy. Mons, 5 novembre 1991,

- soit, *pendant l'exécution forcée*, au cours de laquelle il exerce "une mosaïque de fonctions": "juridictionnelle, modératrice, régulatrice, réparatrice" (86); le suivi de l'exécution forcée est expressément prévu par l'article 23 du décret français du 31 juillet 1992: "le juge peut se réserver de vérifier l'exécution de sa décision et prescrire, à cette fin, les mesures nécessaires".
- soit, *lors de la répartition*; à ce stade, il connaît des questions de régularité procédurale et des contestations de fond au sujet des créances aptes à figurer dans le projet de répartition: principe, montant, cause éventuelle de préférence. La problématique de la remise de dettes peut surgir à l'occasion d'une telle procédure.

D'après TISSIER "la procédure d'exécution forcée, si elle était organisée et dirigée par un juge, serait à la fois plus efficace, moins coûteuse et moins désastreuse pour le débiteur" (87). Cette considération demeure exacte pour autant que le juge ne soit appelé qu'à trancher les contestations suscitées par les procédures d'exécution qui, si elles se déroulent sous son contrôle, ne nécessitent son intervention qu'en cas d'incident. En un mot, il s'agit de juger l'exécution et non d'y procéder. Cette tâche est celle de l'agent d'exécution.

Enfin, on ne peut passer sous silence le rôle du ministère public dans l'exécution des décisions.

#### B. *Un agent d'exécution spécialisé.*— Le droit du recouvre-

---

R.T.D.F., 1993, p. 214, dispositif); voir aussi Ph. THERY, *L'après-jugement, Aspects sociologiques* et J. NORMAND, *Chronique de jurisprudence en matière de droit judiciaire privé*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, p. 672.

(86) J. NORMAND, *Le juge de l'exécution*, R.T.D.C. (hors série), 1993, p. 39 à 41; voy. aussi M. LANDRAUD, *Bilan d'un juge de l'exécution*, *Dalloz*, 1994, *Chron.*, p. 65 et 66); adde en droit belge, le nouvel article 1412 bis du Code judiciaire et le rôle attribué au juge.

(87) A. TISSIER, *Le rôle social et économique des règles de la procédure civile, Les méthodes juridiques*, in *Leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910*, Giard et Brière, 1911, p. 125.

ment comporte de multiples prestations (rencontre du débiteur sur le terrain; transmission d'informations; négociation et élaboration d'un plan de règlement bilatéral ou collectif; rapports au juge de l'exécution; mise en oeuvre des procédures de saisies; répartitions, etc.). Cette mission est celle de l'agent d'exécution. Tout comme pour le juge de l'exécution, il est indispensable que ces tâches soient attribuées à une seule personne appelée à gérer des situations d'endettement suscitant en permanence des exigences contradictoires (créancier opposé au débiteur) et concurrentes (concours entre créanciers ou entre créanciers et titulaires de droits réels sur les biens saisis). Cette situation peut être avivée dans la mesure où les représentants des créanciers (singulièrement les banques) et les représentants des débiteurs (singulièrement les associations de consommateurs) peuvent être particulièrement présents sur le terrain.

L'agent d'exécution doit donc être d'une neutralité absolue vis-à-vis des parties et éviter le risque de "pressions catégorielles" (88); lorsqu'il intervient à plusieurs stades d'une procédure ou lorsqu'il diligente des procédures successives, il importe que son activité soit celle d'un "auxiliaire du juge" qui, en dehors de ses attributions, ne porte pas d'appréciation ou ne formule pas des avis susceptibles de créer un doute légitime quant à son aptitude à diligenter de manière impartiale les procédures d'exécution. C'est à l'aune de cette règle que le problème du cumul de certaines tâches dans le chef d'un agent d'exécution doit être apprécié. Ainsi, on conçoit parfaitement qu'un huissier de justice soit à la fois "mandataire sui generis" du saisissant et agent répartiteur (89).

C'est pourquoi nous pensons que l'agent d'exécution doit être un officier public et ministériel car grâce à son *imperium*

---

(88) R. PERROT, *op. cit.*, R.T.D.C., 1993, p. 167, n° 2 d et p. 181, n° 21; voy. aussi H. CROZE, *Les organes de la procédure*, in *Mélanges en l'honneur de Roger PERROT*, *Dalloz*, 1996, p. 59.

(89) Civ. Anvers, 4 mai 1993, R.W., 1993-1994 et obs. K. BROECKX.

(qu'il ne peut jamais utiliser dans des conditions illicites) (90), il est le seul apte à proposer un service intégral en mettant en oeuvre alternativement ou successivement, suivant les nécessités de l'espèce, toutes les procédures de recouvrement dans leur dimension amiable, bilatérale, collective ou forcée. Toutes ses prestations doivent être clairement tarifées et en cas de procédures diligentées à l'initiative de plusieurs agents d'exécution, une concertation doit s'établir entre-eux dans le respect d'un secret professionnel partagé.

§ 6. *Pour quelques avancées significatives.*— S'il est illusoire de prôner la création d'un droit européen de l'exécution en raison du caractère territorial et multidisciplinaire de chaque procédure de saisie et si l'on ne peut qu'encourager le développement de principes communs applicables à cette vaste matière et les emprunts réciproques afin d'améliorer les législations nationales, on souhaite que puissent se réaliser quelques avancées plus significatives.

\* Ainsi, la nécessité d'un droit européen de l'exécution apparaît en matière de *saisie-arrêt des comptes bancaires*. On ne peut oublier que dans "notre société" massivement "bancairisée" l'argent est principalement devenu "monnaie scripturale" et que "les deux principaux usages de la monnaie, paiement et épargne, sont concentrés dans les comptes entre les mains des banques" (91). Or, il n'y a rien de plus mobile que les capitaux portés sur des comptes dont le contenu peut impunément franchir les frontières sur simple pression d'une touche d'ordinateur. D'une manière ou d'une autre, il importe de réfléchir aux effets communautaires des saisies bancaires (92) et plus généralement à

(90) R. PERROT, *op. cit.*, R.T.D.C., 1993, p. 657, n° 18.

(91) Ch. MOULY, *Procédure civile d'exécution et droit bancaire*, R.T.D.C. (hors série), 1993, p. 166, n° 2.

(92) En ce qui concerne la saisie-arrêt des comptes, une première approche

l'appréhension des produits financiers par le marché financier international.

\* De même, la création d'un titre exécutoire européen pour certaines créances bénéficiant d'une présomption d'incontestabilité devrait être envisagée. Il s'agirait d'obtenir du juge du lieu du domicile du débiteur dans le cadre d'une procédure simplifiée (inversion du contentieux) un titre immédiatement exécutoire dans tous les Etats membres (93) (94).

\* Enfin, il faut améliorer le droit de l'exécution en fonction de la nature de certaines créances. On songe au recouvrement des *créances d'aliments*. Le droit du créancier d'aliments répond à des besoins vitaux et urgents auxquels le droit commun des saisies ne répond pas toujours adéquatement. C'est pourquoi:

---

pourrait consister à déterminer exactement l'étendue des obligations du banquier tiers saisi en ce qui concerne la déclaration de tiers saisi et l'étendue de l'indisponibilité produite par la saisie. On précise qu'en ce qui concerne la saisie-arrêt de sommes déposées dans une succursale étrangère d'une banque, il est admis que la déclaration de tiers saisi s'étend à des fonds détenus par celui-ci à l'étranger mais l'effet d'indisponibilité conserve sa portée territoriale (Cass. fr., 30 mai 1985, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 986, p. 329). Cette solution n'est pas satisfaisante au niveau de l'Union européenne car "le monde économique ne peut accepter que l'espace judiciaire européen offre des disparités dans son paysage et qu'ainsi certains pays deviennent "un paradis pour les mauvais payeurs" (*La justice européenne vue par ses acteurs*" in *Le nouveau journal des huissiers de justice*, août 1993, p. 24).

(93) Une telle suggestion s'inscrit dans le prolongement de la recommandation de la Commission des Communautés européennes concernant les retards de paiement dans les transactions commerciales (voir spéc. art. 3: procédures juridictionnelles simplifiées: les Etats doivent assurer les conditions efficaces pour l'exécution des jugements rendus dans le cadre de ces procédures simplifiées; procédures de recouvrement accélérées; ...).

(94) Voir les travaux du Colloque international organisé à Paris les 3 et 4 juin 1993 sur le thème "Les professionnels du droit au sein du nouvel espace judiciaire européen"; add: *Unions internationale des Huissiers de justice, L'huissier de justice*, p. 77 à 88 précisant que: "aujourd'hui, on constate un véritable phénomène d'inadéquation entre les légitimes exigences des acteurs du monde des affaires et les schémas structurels de l'Europe judiciaire. Cette situation a eu pour conséquence d'entraîner une déjudiciarisation du contentieux des affaires dans l'Union Européenne".

1. les effets pervers de la neutralisation de l'exécution provisoire en cas de consignation des sommes dues doivent être évités;
2. les informations sur le contenu du patrimoine du débiteur et sur la localisation de ses biens et de ses sources de revenus s'imposent singulièrement en cette matière;
3. les règles de l'insaisissabilité doivent être adaptées compte tenu de la nature de la créance;
4. le créancier d'aliments doit bénéficier d'un traitement préférentiel (95) par rapport aux autres créanciers du saisi sous réserve d'une collusion frauduleuse entre le créancier et le débiteur d'aliments;
5. une procédure simplifiée et expéditive de recouvrement doit être mise à la disposition du créancier d'aliments;
6. l'organisation de l'insolvabilité et le défaut de paiement des pensions alimentaires doivent être réprimés;
7. le rôle des pouvoirs publics doit être précisé; ceux-ci peuvent être tenus de verser au créancier les aliments qui lui sont dus par le débiteur moyennant subrogation *éventuelle* dans les droits du créancier;
8. la simplification des procédures de recouvrement des aliments au sein de l'Union européenne est indispensable; il suffit de créer un titre exécutoire européen et à titre subsidiaire d'assouplir les conditions auxquelles le titre peut être reconnu ou exécuté dans l'Etat requis (ainsi, l'art. 39 de la Convention de Bruxelles devrait être rendu inapplicable au recouvrement des aliments), d'améliorer la collaboration internationale des autorités désignées par les Etats concernés (96) et, ceci vaut de

---

(95) Il peut s'agir de garanties légales ou judiciaires (ex. art. 277, C.C.Fr.; Cass. fr., 24 novembre 1993, *J.C.P.*, 1994, Jur., n° 22297).

(96) Projet de convention communautaire sur la simplification des procédures relatives au recouvrement des créances alimentaires dans le cadre de la Convention de Bruxelles, in *Cour de Justice des Communautés européennes, compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Butterworths, 1993, p. 191 à 197. Cette convention est ratifiée par l'Italie. Elle a été signée par les autres pays. L'Allemagne n'aurait pas l'intention de la ratifier en raison d'un défaut d'accord entre les Länder. Voir aussi M. LIENARD-LIGNY, *Créances alimentaires et droit international privé belge*,



manière générale, d'encourager les relations transfrontalières entre les agents d'exécution (97).

---

in *Les ressources de la famille, Story-Scientia*, 1993, p. 146-147 (à propos de la Convention de New York du 20 juin 1956).

(97) Sur la nécessité de passer par l'intermédiaire de juristes autochtones du pays de l'exécution, voir A. KOHL, *L'unification du droit judiciaire européen*, in *International symposium of civil procedural law Lublin*, 1994, p. 60-61. L'auteur précise: "à défaut d'unification peu probable du droit matériel de l'exécution forcée (conditions de mise en oeuvre de l'exécution forcée, liste des biens insaisissables, publicité en matière de saisies, système de déclaration de patrimoine, ...) la libre circulation des jugements et des actes notariés continuera à se heurter à des difficultés majeures".



## CONCLUSION

Le caractère territorial et multidisciplinaire du droit des saisies ne permet pas d'envisager, à court ou à moyen terme, une uniformisation de ce droit ni même une harmonisation "poussée"; tout au plus peut-on espérer une harmonisation sur la base de l'un ou l'autre principes exposés ci-dessus. Sous réserve de quelques progrès dans des domaines ponctuels (saisie des comptes, recouvrement d'aliments, titre exécutoire européen en matière commerciale ou familiale lorsque la créance est incontestable), on ne peut que souhaiter que les mêmes finalités inspirent le droit du recouvrement dans chaque Etat membre soucieux de réaliser, de manière également efficace, la libre circulation des titres exécutoires.

En bref, il importe de réduire les obstacles nationaux les plus criants et de contribuer à la convergence des procédures poursuivant la même finalité.

Des suggestions précieuses figurent dans le projet de directive sur le rapprochement des lois et règles des Etats membres concernant certains aspects de la procédure civile. Le groupe d'experts présidé par le Professeur STORME propose en matière d'exécution forcée:

1. un régime strict du titre exécutoire judiciaire: le jugement est exécutoire quinze jours après sa signification sous réserve d'une mesure de surséance limitée dans le temps et sans préjudice de mesures conservatoires appropriées;
2. la définition du titre exécutoire : toute décision et autre titre exécutoires dans l'Etat d'origine sont déclarés exécutoires dans le pays d'accueil;

3. l'aménagement du droit d'opposition du saisi contestant la légalité (inexistence de la dette ou défaut de titre actuel et efficace) ou la régularité de la procédure (absence de titre et violation des règles de procédure);
4. la déclaration de patrimoine (supra, III, section 2, § 2);
5. la réglementation du droit des saisies appliquée aux nouvelles formes de propriété (sont spécialement envisagés les produits financiers) ainsi que l'instauration de procédures de réalisation permettant d'obtenir le meilleur prix (ainsi sont suggérées des garanties de transparence et l'instauration d'un prix minimal);
6. l'indexation de la dette pour la durée de l'exécution forcée afin que le créancier ne soit pas pénalisé par la durée de celle-ci.

On constate que les questions relatives au titre exécutoire, au rôle du juge et de l'agent d'exécution, aux insaisissabilités et aux immunités, aux situations de concours, aux interférences avec les procédures collectives civiles ou commerciales, à la collaboration des pouvoirs publics, à la signification et à la notification des actes de procédure et des décisions entre les Etats membres de l'Union européenne ne sont pas évoquées.

Ce n'est pas surprenant car le droit du recouvrement demeure *très cloisonné* (98). D'immenses progrès peuvent être réalisés, il suffit de créer une dynamique en retenant quelques

---

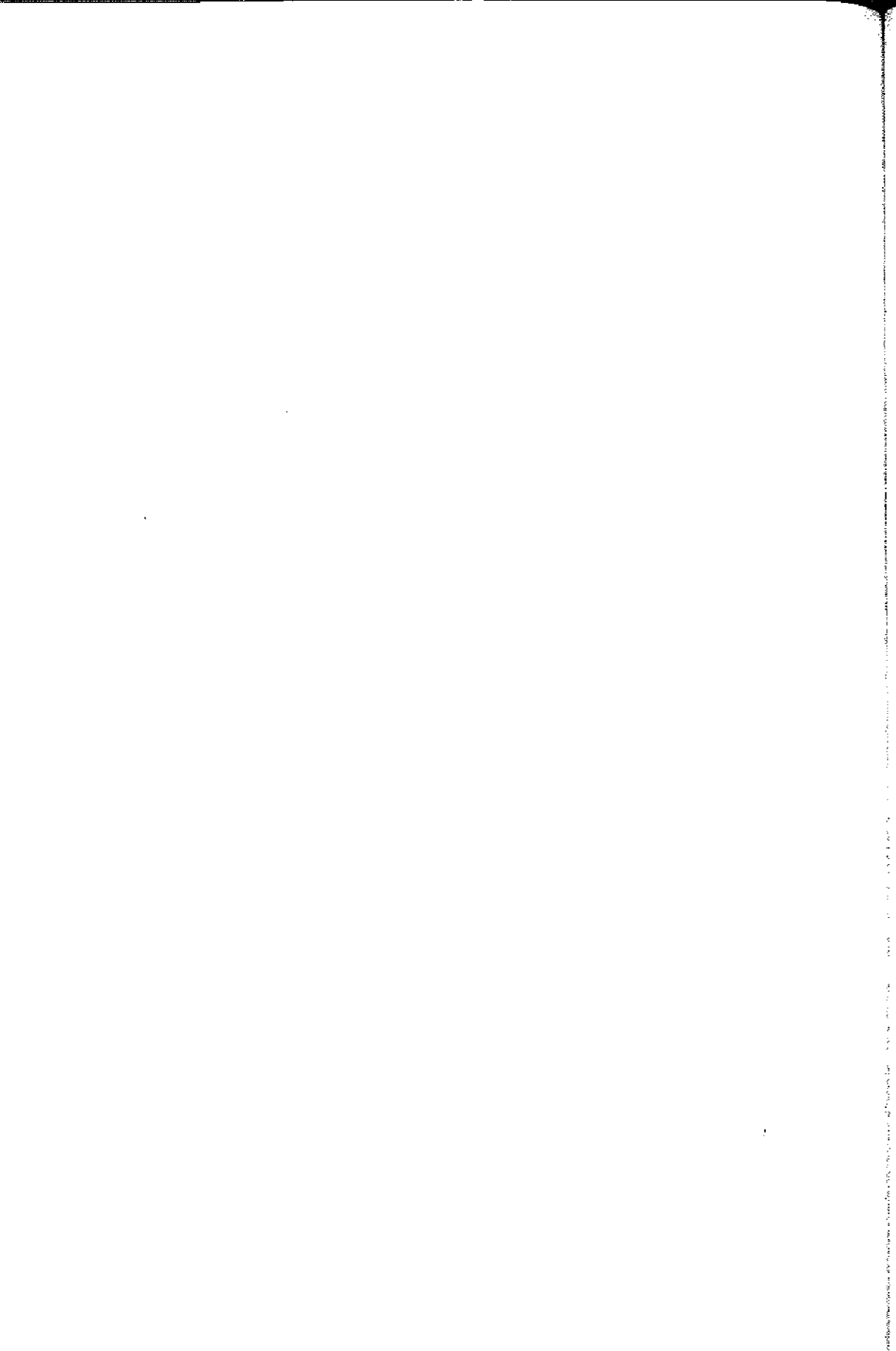
(98) Les travaux sans fin entrepris en matière de *faillite* reposant sur l'idée de l'unité et de l'universalité de la faillite ne peuvent que décourager les juristes les plus enthousiastes. Peut-être faudrait-il élaborer des règles de droit international privé communes aux différents Etats membres mais on sait que, dans l'état actuel des choses, le droit des saisies relève des lois de police, c'est-à-dire qu'elles sont territoriales et que sont seules applicables les règles du lieu de la situation des biens à saisir de telle sorte qu'en l'état actuel du droit une procédure nationale ne peut appréhender des biens situés hors d'un Etat (G. TAORMINA, *Le nouveau droit des procédures d'exécution et de distribution*, Ed. J.N.A., 1993, p. 403, n° 282); adde. Cass. fr., 17 janvier 1995, *Dall.*, 1995, I.R., p. 42: "Si les juridictions françaises sont seules compétentes pour statuer sur la validité d'une saisie pratiquée en France et apprécier à cette occasion le principe de la créance, elles ne peuvent se prononcer sur le fond de cette créance que si leur compétence est fondée sur d'autres règles".

thèmes mobilisateurs tant au niveau européen (99) qu'au niveau national et en *exploitant mieux les ressources actuellement offertes par les lois nationales et les conventions internationales.*

Enfin, il faut que les praticiens ne perdent jamais de vue que dans ce secteur plus qu'ailleurs les créanciers et les débiteurs attendent des résultats concrets au moindre coût et que tous les européens n'oublient pas que dans une Europe du droit, il serait inadmissible que celui-ci ne se réalise pas effectivement dans le respect de tous les droits en présence.

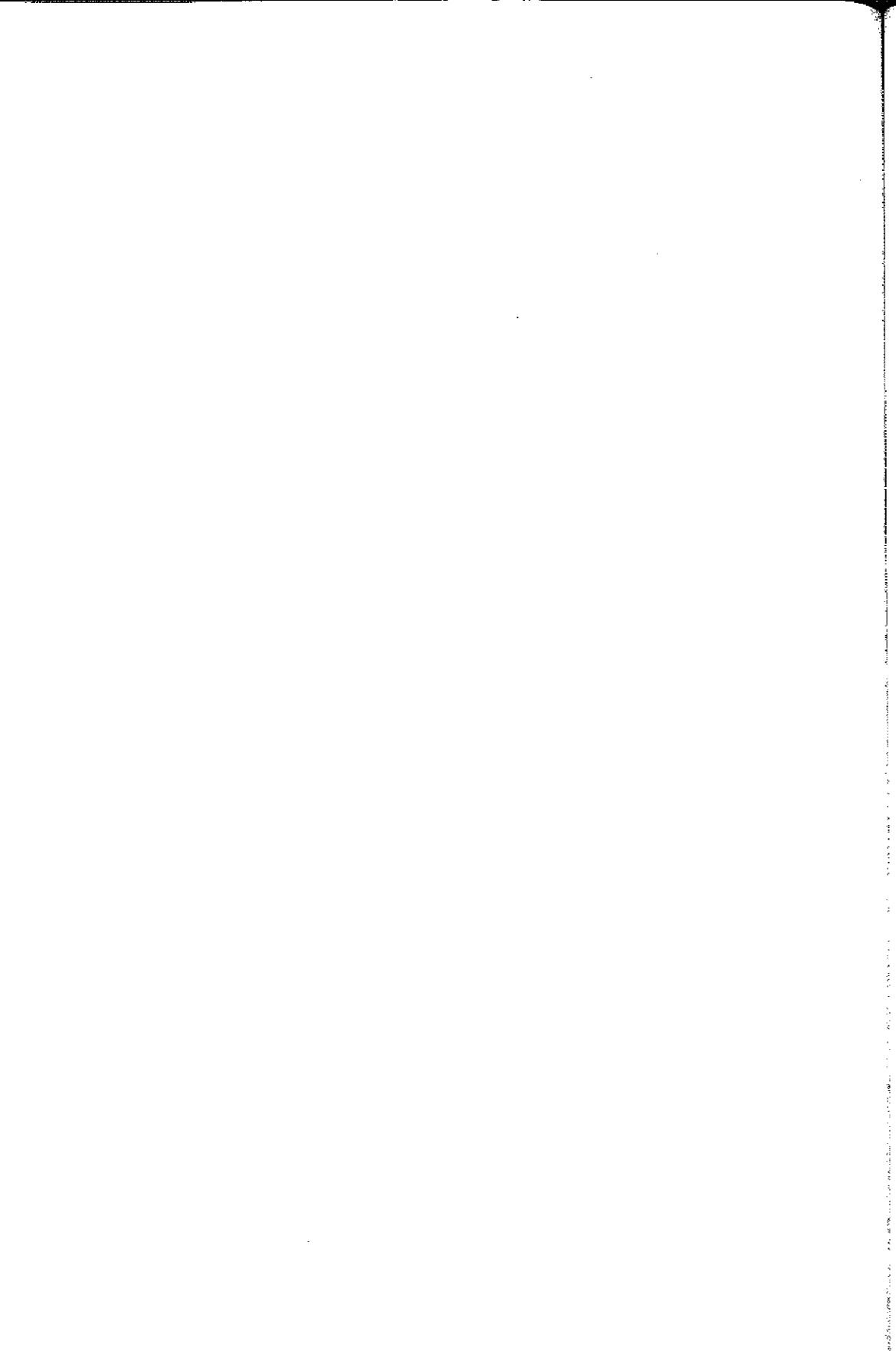
---

(99) À juste titre, M. E. KRINGS "estime qu'il est nécessaire, voire indispensable que l'on procède, non seulement chez nous, mais aussi dans les pays de la Communauté, à une étude approfondie des principes qui devraient régir l'octroi de privilèges" (*op. cit.*, *Cah. dr. jud.*, n° 9, 1992, p. 73 et T.P.R., 1992, p. 696).



KURT SIEHR

INTERNATIONAL ASPECTS  
OF BANKRUPTCY





The general report is based on national reports for Argentina (Dr. Maria de los Angeles Nahid Cuomo), Australia (Prof. Peter E. Nygh), Austria (Prof. Dr. Wolfgang Jelinek), Belgium (Prof. Johan Erauw), Canada (John D. Honsberger), England (Prof. Jan F. Fletcher), France (Prof. Catherine Kessedjian), Germany (Dr. Alexander Trunk), Greece (Prof. Evangelos E. Perakis), Hungary (Prof. Lajos Vékás), India (Prof. P.H. Parekh), Israel (Supreme Court Justice S. Levin), Italy (Prof. Fausto Pocar), Japan (Prof. Yukio Kaise), Liechtenstein (Dr. Helmut Neudorfer), Luxemburg (Dr. Patrick Kinsch), Netherlands (Prof. J.H. Dalhuisen), Norway (Prof. Helge Thue), Poland (Dr. Maciej Tomaszewski), Scotland (Dr. Donna W. McKenzie), Spain (Prof. Carlos A. Esplugues), Sweden (Prof. Michael Bogdan), Switzerland (Prof. Pierre-Robert Gilliéron), United States of America (Prof. Jay L. Westbrook).



## INHALTSVERZEICHNIS

### A. BASES AND PROBLEMS

- I. Common Core of Bankruptcy Proceedings
- II. International Dimensions of Bankruptcy Proceedings
- III. Specific Problems of International Bankruptcies
- IV. Sources
- V. Words and Phrases

### B. SCENARIOS

#### I. Primary or Domiciliary Insolvency Proceedings (Scenario 1)

- 1. Jurisdiction
  - a) Principal Place of Jurisdiction
  - b) Additional Places of Jurisdiction
- 2. *Concursus pendens*
- 3. Commencement of Proceedings
- 4. Grounds for Commencement of Proceedings
- 5. Effect of Commencement of Proceedings
  - a) Assets Located Abroad
  - b) Debtors of the Bankrupt Debtor
- 6. Creditors of the Bankrupt
  - a) Domestic and Foreign Creditors
  - b) Foreign Entities of Public Law
  - c) Creditors Who Collect Abroad
    - (1) Dividend in Foreign Ancillary Proceedings
    - (2) Proceeds of Individual Enforcement Proceedings or Direct Payments
- 7. Avoidance of Transactions
- 8. Estate and its Distribution
  - a) Estate and Securities
  - b) *Lex fori concursus* and other Concurring Provisions
  - c) Distribution of the Estate
- 9. Intermediate Summary

## II. Non-Domiciliary Insolvency Proceedings

1. Secondary Proceedings (Ancillary Proceedings) (Scenario 2)
  - a) Foreign Administrator in Bankruptcy
    - (1) Foreign Bankruptcy Proceedings
    - (2) Jurisdiction of Foreign Authority
    - (3) Extraterritoriality
    - (4) Public Policy
    - (5) Reciprocity
    - (6) Recognition Procedure
  - b) Other Extraterritorial Effects of Foreign Bankruptcy Proceedings
    - (1) No Individual Execution Proceedings
    - (2) Stay of Proceedings against Bankrupt
    - (3) Preservation of Assets
    - (4) Discharge and Title for Unpaid Sum
  - c) Secondary or Ancillary Bankruptcy Proceedings
    - (1) Interests of Parties Involved
    - (2) Different Kinds of Ancillary Proceedings
    - (3) Application to Commence Ancillary Proceedings
    - (4) Jurisdiction for Ancillary Proceedings
    - (5) Opening and Effect of Ancillary Proceedings
    - (6) Special Obstacles for Ancillary Proceedings
    - (7) Preliminary and Protective Measures
    - (8) Beginning of Ancillary Proceedings
    - (9) Participating Creditors in the Ancillary Proceedings
    - (10) Avoidance
    - (11) Transfer of Surplus
  - d) Attitude of Primary Proceedings towards Secondary Ancillary Proceedings
    - (1) Equal Treatment of Creditors
    - (2) Adjustment Based on the Rules for Primary Proceedings
    - (3) Estate and Avoidance
  - e) Intermediate Summary
2. Collateral Insolvency Proceedings
  - a) Scenarios 3a and 3b
  - b) Common Problems
3. Competing Primary Proceedings
  - a) Scenario 4
  - b) Relation between these Proceedings
  - c) Third State and Competing Primary Proceedings
  - d) Intermediate Summary

## C. CONCLUSIONS

## A. BASES AND PROBLEMS

I. *Common Core of Bankruptcy Proceedings.*— If there is no reorganization (redressement judiciaire, amministrazione controllata, Sanierung, sanering), insolvency or bankruptcy proceedings in all countries have more or less four features in common:

- organized comprehensive administration and liquidation of the assets of the bankrupt (or a separate estate) in favour of all creditors,

- stay of any commencement or continuation of individual enforcement proceedings,

- distribution of assets or the proceeds of them to the creditors according to a certain schedule of privileged and unsecured creditors,

- supervision of the administration and liquidation by State authorities.

There are, of course, many other similarities in various countries. Such similarities may prevent conflicts in international cases. They cannot, however, prevent that serious problems arise as soon as bankruptcy proceedings get an international dimension.

There are also many national differences (1). Three may be mentioned:

- comprehensive treatment of reorganization and bankruptcy in a single piece of legislation on insolvency or in two different ones;

---

(1) Cp. Hans HANISCH, *Grenzüberschreitende Insolvenz*, in *International Symposium on Civil Justice in the Era of Globalization*, Tokyo, 1993, pp. 315-346 (315-320).

– distinction between insolvency proceedings of corporate bodies (reorganization or winding up) and proceedings with respect to natural persons;

– different treatment of merchants and debtors not being engaged in commerce.

These differences will only be mentioned in this paper if they have any impact on the solution of certain problems.

II. *International Dimensions of Bankruptcy Proceedings.*— Bankruptcy proceedings may have international dimensions in several respects:

– Not all assets of the estate are located in the forum State where primary bankruptcy proceedings have been initiated so that

– the administrator has to try to get hold of these assets or

– is confronted with bankruptcy proceedings started abroad;

– the bankrupt has its domicile, seat, centre of his main interest or principal place of business abroad but owns assets in the forum State where ancillary proceedings have been commenced;

– not all the creditors are resident in the forum State and therefore are not easily given notice of the bankruptcy proceedings;

– the relations between the bankrupt and not all the creditors are governed by the *lex fori*;

– several of the factors mentioned above coincide.

Today many disputes or legal relations have international dimensions. Yet, there are general and specific problems in cases of international bankruptcies.

III. *Specific Problems of International Bankruptcies.*— In every international case there may be several courts assuming or claiming to have exclusive jurisdiction in the same controversy,

there may arise the difficult task to determine the applicable law and to apply foreign law and there may be instances where a local judgment is not enforceable abroad. All these problems are normal ones for every international litigation. What is unique for international bankruptcies is the contrast between territorially limited State power and the ambition to liquidate the estate of the bankrupt wherever assets may be located in favour of all creditors under equal conditions. This ambitious aim can only be accomplished by a universally recognized central authority administering the entire estate and with exclusive jurisdiction to liquidate this estate in favour of all creditors wherever they reside. As there is no central authority recognized by all States, the States concerned should behave as far as possible as if they acted under a central authority with the same objective in mind.

Even then specific problems have to be solved:

– Which authorities are competent to administer the estate and are obliged to cooperate?

– Do these authorities have extraterritorial jurisdiction and is such a jurisdiction recognized abroad?

– How is the jurisdiction of several competent authorities delimited?

– If there are ancillary bankruptcy proceedings, how are local assets liquidated and what is done with any surplus?

– Which matters are governed by the *lex fori concursus* and which by normal rules of private international law?

– How can it be avoided that certain creditors get an undue advantage at the expense of other creditors?

IV. *Sources*.— In almost no country there is a set of general provisions for international insolvency proceedings. National statutes are satisfied with detailed rules about normal insolvency proceedings and with some rules for ancillary or secondary insolvency proceedings.

As soon as countries were ready to stipulate bankruptcy treaties (2), they had to fix bankruptcy jurisdiction and hence to legislate on several important aspects of cross-border insolvency proceedings.

There are very few multilateral bankruptcy conventions and drafts for such instruments:

– Essential Bases of International Convention of Bankruptcy of September 1880, adopted by the International Conference in Turino (3);

– Montevideo Convention of 12 March 1889 on International Commercial Law (4), revised by the Convention of 19 March 1940 on Commercial and International Law (5);

– Resolution of the Institut de Droit international of 23 September 1902 passed in Brussels on “Nouvelles règles sur les conflits de lois en matière de faillite” (6);

– Havana Convention of 21 February 1928 (Codigo Bustamante) (7);

– Hague Model Treaty of 1925 on International Bankruptcy (8);

---

(2) Cp. T.M.C. ASSER/Alphonse RIVIER, *Éléments de droit international privé ou du conflit des lois*, Paris 1884, p. 238 et seq. in footnote 1; Friedrich MEILI, *Moderne Staatsverträge über das internationale Konkursrecht*, Zürich, 1907, p. 60 et seq. (also part of Festschrift für F. Regelsberger).

(3) Cp. Kurt H. NADELMANN, *Bankruptcy Treaties*, U.Pa.L.Rev. 93 (1944) pp. 58-97, and in ID., *Conflict of Laws: International and Interstate, Selected Essays*, The Hague, 1972, pp. 293-336.

(4) The German version of Articles 35-48 on bankruptcy cp. MEILI, *supra* n. 2, p. 63-65, and ID., *Die Kodifikation des internationalen Civil- und Handelsrechts*, Leipzig, 1891, 122-138 (133-137) (Spanish original and German translation).

(5) As to the Montevideo Treaties cp. Juan M. DOBSON, *Treaty Developments in Latin America*, in Jan F. FLETCHER (ed.), *Cross-Border Insolvency: Comparative Dimensions*, London, 1990, pp. 237-262 (237-248).

(6) Cp. Hans WEHBERG (ed.), *Tableau général des résolutions (1873-1956)*, Basel, 1957, p. 352-356.

(7) Antonio SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, *Projet de code de droit international privé*, Paris 1925, p. 249 et seq. (Articles 412-420).

(8) Actes de la 5<sup>ème</sup> Conférence de La Haye de Droit international privé, The Hague, 1926, pp. 341 et seq.; also reprinted in NADELMANN *Conflict of Laws*, *supra* n. 3, p. 336 et seq.



– Nordic Convention of 7 November 1933 on the Unification of Bankruptcy Law (9);

– EC Draft Convention of 1982 on Bankruptcy, Winding-up, Arrangements, Compositions and Similar Proceedings (10);

– Model International Insolvency Co-operation Act of 1 November 1988, adopted by the International Bar Association (11);

– European Convention of 5 June 1990 on Certain International Aspects of Bankruptcy, opened by the Council of Europe in Istanbul (12);

– EC Draft Convention of 13 October 1994 on Bankruptcy (13).

Bilateral treaties have already been stipulated since 1715 (14) and the most modern ones are those concluded by Austria with France and with Germany.

Still in force are the following bilateral treaties:

– Convention of 13 May 1826 between 19 Swiss Cantons and Württemberg on Bankruptcy (15);

– Convention of 11 May 1834 between Swiss Cantons and Bavaria on Bankruptcy (16);

(9) Konvention mellan Sverige, Danmark, Finland, Island och Norge angående konkurs, in Eric W. ESSÉN/LENNART PÄLSSON, *Konventionsamling i internationele privaträtt*, 3d ed., Lund, 1988, p. 266-269.

(10) Bulletin of the European Communities, Supplement 2/82; German version in Gerhard KEGEL/Jürgen THIEME (eds.), *Vorschläge und Gutachten zum Entwurf eines EG-Konkurrenzübereinkommens*, Tübingen, 1988, p. 45 et seq.

(11) Cp. FLETCHER, *supra* n. 5, p. 288 et seq.; E. Bruce LEONARD/ Christopher W. BESANT (eds.), *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganisations*, London/Dordrecht/Boston, 1994, p. 260 et seq.

(12) European Treaty Series No. 136; also in FLETCHER, *supra* n. 5, p. 297 et seq.

(13) EC Doc. 9948/94 of 13 October 1994.

(14) Cp. Kurt LIPSTEIN, *Early Treaties for the Reorganisation and Enforcement of Foreign Bankruptcies*, in FLETCHER, *supra* n. 5, p. 223-236 (223); cp. also NADELMANN, *supra* 3.

(15) Cp. MEILI, *supra* n. 2, p. 27 et seq.

(16) Cp. MEILI, *supra* n. 2, p. 30.

- Convention of 8 July 1899 between Belgium and France on Jurisdiction and Execution of Judgments (17);
- Convention of 28 March 1925 between Belgium and the Netherlands on Jurisdiction, Bankruptcy and Recognition of Judgments (18);
- Convention of 3 June 1930 between France and Italy on the Execution of Judgements (19);
- Convention of 13 September 1950 between France and Monaco on Bankruptcy (20);
- Convention of 16 July 1969 between Austria and Belgium (21);
- Convention of 12 July 1977 between Austria and Italy on Bankruptcy (22);
- Convention of 27 February 1979 between Austria and France on Bankruptcy (23);
- Convention of 25 May 1979 between Austria and Germany on Bankruptcy (24);
- Draft of 29 October 1979 of United States of America–Canada Bankruptcy Treaty (25).

Hardly any national statute on bankruptcy has special provisions explicitly restricted to international aspects of insolvency (26). Most bankruptcy codes touch international aspects once

(17) *Juris-Classeur, Droit international*, fascicule 591.

(18) L.N.T.S 93 (1929) 432.

(19) *Juris-Classeur, Droit international*, fascicule, 592.

(20) *Journal officiel* of 3 June 1953, p. 5133.

(21) *Moniteur belge* 24 July 1975.

(22) *Convenzione tra Italia e Austria sul fallimento* of 12 July 1977, also in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 26 (1990), p. 755-759.

(23) *Convention franco-autrichienne du 27 février 1979 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de faillite*, *Rev. crit.*, 69 (1980), p. 852.

(24) *Vertrag vom 24. Mai 1979 zwischen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet des Konkurs- und Ausgleichs-(Vergleichs-)rechts*, *German Bundesgesetzblatt* 1985 II p. 712; *Austrian Bundesgesetzblatt*, 1985, No. 233.

(25) *Cp. text in International Insolvency Review* 1 (1991), p. 148.

(26) *Cp., e.g., §§ 237, 238 German Bankruptcy Code of 1877; Article 102*

in a while (27). As far as I can see, Switzerland is the only State which deals with international aspects of bankruptcy in a statute on private international law (28).

V. *Words and Phrases.*— As Laokoon and his sons were attacked by snakes every comparative law scholar has to fight at least two linguistic aggressors before he can turn to the very problems: universal catchwords which cause confusion because they are used in different meanings, and domestic terminology embedded in national traditions, dogmatism and current idioms.

In international bankruptcy the terms “universality” and “territoriality” are confusing. I shall try to avoid them as far as possible and, if used, shall indicate what is meant by such a legal term.

National terminology is hard to unify. The only method is to define certain basic notions on an neutral bases and to relate domestic terminology to these almost artificial terms. As the Council of Europe Convention of 1990 and the EC Drafts of 1982 and 1994 have correctly been qualified as three *supranational* models (29), I shall use some terms of these instruments as a Common vehicle for comparison.

— *Primary* (or domiciliary) bankruptcy or insolvency proceedings (although never used in these instruments or national statutes) is the corresponding term to the expressly applied term of secondary bankruptcy proceedings; primary or domiciliary

---

German Introductory Law to the Insolvency Act 1994 (not yet in force); 11 United States Code § 304.

(27) Cp., e.g., Article 3 of the Japanese Bankruptcy Law of 1922 on the principle of territoriality, reprinted in Philipp WOOD/Peter G. TOTTY (eds.), *Butterworths International Insolvency Laws*, London, 1994, p. 501.

(28) Cp. Articles 166-175 Federal Statute of 18 December 1987 on Private International Law.

(29) Donald T. TRAUTMAN/Jay Lawrence WESTBROOK/Emmanuel GAILLARD, *Four Models for International Bankruptcy*, Am. J. Comp. L. 41 (1993), p. 573.

bankruptcy proceedings are initiated at the debtor's domicile, seat, centre of his main interest or principal place of business whichever place a single State may choose as the principal forum or as principal fora for bankruptcy proceedings.

– *Secondary* (or non-domiciliary or ancillary) bankruptcy or insolvency proceedings are those proceedings which are initiated parallel to primary proceedings in order to liquidate local assets and to transfer any surplus to the administrator of the primary proceedings. There may be one or even more secondary proceedings at the same time or subsequently in different States.

– *Isolated* parallel bankruptcy proceedings may be called those proceedings which regard themselves as primary proceedings at the same time.

– *Administrator* is any person, body or authority which is in charge of administering the estate under the supervision of a court, tribunal or government office.

– The term “*bankruptcy*” and the more modern notion “*insolvency*” are used interchangeably unless indicated otherwise.

## B. SCENARIOS

There are several different scenarios which have to be considered separately. At least two different situations have to be distinguished: the situation in the bankrupt's domiciliary State on the one hand and the situation in the non-domiciliary States on the other hand. Especially with respect to the second situation there are several different attitudes towards foreign domiciliary insolvency proceedings.

I. *Primary or Domiciliary Insolvency Proceedings* (Scenario 1).— As primary (or domiciliary) insolvency or bankruptcy proceedings may be called those insolvency proceedings which take place at the domicile or principal place of business of the debtor. Most of the normal insolvency proceedings have to be qualified as primary proceedings which may have some international dimensions because assets of the estate may be discovered abroad or because foreign creditors may participate.

Most legal systems do not use terms as primary and secondary, domiciliary and non-domiciliary, main and ancillary insolvency proceedings. And yet there are in many cases such differences even if they are not emphasized as "Niederlassungskonkurs" (bankruptcy at simple place of business (30)), ancillary proceedings (31) or territorially limited proceedings. Based on the Istanbul Convention of 1990 and the EC-Draft of 1994 the

---

(30) Cp., e.g., German Bankruptcy Code § 238 (1); Swiss Statute on Execution and Bankruptcy Art. 50.

(31) Cp. 11 U.S.C. § 304.

terms primary (domiciliary) and secondary (non-domiciliary) or ancillary proceedings are used to describe important differences.

1. *Jurisdiction*.— Basic for international insolvency proceedings is the question of jurisdiction: Which State has jurisdiction to commence primary insolvency proceedings? This question could easily be answered if all insolvency proceedings were territorially limited to the administration or liquidation of the bankrupt assets located in the forum State. Then every creditor could take part in several local insolvency proceedings or could enforce his claim in normal enforcement proceedings because foreign insolvency proceedings would not intend to affect assets located abroad and therefore would not bar any individual enforcement proceedings. The result of such a scenario is not very convincing because it gives up one of the essentials of bankruptcy, the liquidation of the debtor's entire estate according to a certain scheme of creditors with or without priorities. Therefore most States try to assume extraterritorial jurisdiction insofar as they want to extend their power also over assets located abroad and rely on the cooperation of foreign States which might be willing to recognize the primary bankruptcy proceedings.

a) *Principal Place of Jurisdiction*.— Traditionally insolvency proceedings are commenced either at the

— domicile of the debtor if there is a bankruptcy of private person or at the

— seat, centre of main interests or at the principal place of business of legal entities.

The national differences in fixing the principal bankruptcy fora are considerable. This cannot be explained exclusively with different connecting factors (place of incorporation on the one hand and centre of administration, *siège social*, *Verwaltungsmit-*

*telpunkt* on the other hand) in private international law because international jurisdiction for bankruptcy proceedings is fixed almost everywhere as a matter of venue for purely domestic affairs. Nevertheless the different connecting factors are important to delimitate primary proceedings from secondary ones (32).

If the predominant *forum* is that at the debtor's *siège de son entreprise* or at his principal place of business (as, e.g., in France (33) or Germany (34)), such States would hardly recognize primary proceedings at the place of incorporation. This danger, however, is a very limited one. In some countries adhering to the principle of *siège social* most companies and their principal place of administration (*siège social*) have to be established by law at this place. Hence there is almost no concurrent primary jurisdiction unless there are domestic companies with fictitious seats at home.

The French *Cour de Cassation* had to deal with such a situation. A French company registered in France had its *siège social* in Brussels. The court was asked to recognize a bankruptcy decision of the Belgian Tribunal de commerce de Bruxelles and issued an exequatur. According to the Belgian-French Treaty of 1899 the courts at the *siège social* have primary jurisdiction and a fictitious domestic *siège statutaire* in France is of no relevance (35).

---

(32) Cp., e.g., German Bankruptcy Code § 238 (1), Swiss P.L.L. Statute Art. 166 (1); English Insolvency Act 1986 sect. 73, Company Act sects. 675 and 735.

(33) French Décret n<sup>o</sup>. 94-910 du 21 octobre 1994, *Journal officiel* du 22 octobre 1994, p. 15019, Art. 12.

(34) German Insolvency Code of 1994 § 2 (1); German Code of civil Procedure § 17 (1).

(35) Cass. 21 July 1987, D. 1988, 169 with note RÉMERY; *Gaz. Pal.* 1987.2., panor., p. 266.

If courts at the company's place of registration are primarily competent, a clash of two primary bankruptcy proceedings is more likely. The two competing proceedings may not be seriously affected by parallel proceedings. Problems arise for third countries asked to recognize foreign bankruptcy decisions (36).

b) *Additional Places of Jurisdiction.*— National statutes do not only fix a primarily competent forum, they enumerate several other fora especially for natural persons or companies domiciled, incorporated or having their centre of main interests abroad. The lists of the English Insolvency Act 1986 in sects. 221 and 265 are good examples for such additional fora. Similar lists may found elsewhere (37).

In many jurisdictions these additional fora at the simple residence, local business center or place where the debtor's assets are located, are not qualified as subsidiary fora. Their jurisdiction may be exercised without serious obstacles and the commenced proceedings are very often the same as those opened in the principal places of jurisdiction. And yet there may be differences as to their effect although in most cases no difference will be indicated in statutory provisions. Such a difference may exist insofar as bankruptcy proceedings at the debtor's local place of business or at the location of his assets are unlikely to assume comprehensive jurisdiction extending also to assets located abroad (38). Even if there are no primary bankruptcy proceedings to which the domestic one could be ancillary proceedings, some of these proceedings at inferior if not exorbitant fora may be qualified as purely local affairs without affecting assets or creditors abroad (39). Such expressly codified or implied restric-

---

(36) Kassationsgericht, Zürich, 2 September 1991, *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung*, 90 (1991), No. 45, p. 141; cp. *infra* at nos. 120-122.

(37) Cp. 28 U.S.C. § 1408.

(38) Cp., e.g., German Bankruptcy Code of 1877 § 238 (1).

(39) As the Swiss *Niederlassungskonkurs* (bankruptcy at local place of business)



tions have to be taken into account by foreign courts when being asked to recognize decisions handed down by courts of restricted jurisdiction.

2. *Concursus pendens*.— Primary bankruptcy or insolvency proceedings will not be stayed or barred because in another jurisdiction primary bankruptcy or insolvency proceedings have already been commenced. Such a clash of concurrent jurisdiction can only be validly prevented by conventions or treaties as ist has been done in the Council of Europe Istanbul Convention Art. 4 (2) and 28 and in some bilateral treaties (40). Bilateral treaties may have achieved a unitary comprehensive bankruptcy proceedings without concurrent proceedings in the other State Party. But even these cannot preclude parallel proceedings commenced in a third State. The Istanbul Convention of 1990 provides for only one primary bankruptcy proceedings and permits one or several secondary bankruptcy proceedings.

3. *Commencement of Proceedings*.— Insolvency proceedings can be applied for if the bankrupt is unable to meet its current liabilities (41) what may be presumed if the bankrupt has ceased to pay his debts. (42) There are other reasons for commencement as, e.g., imminent insolvency (43) or excessive indebtedness (44).

---

cp. Hans FRITZSCHE/Hans Ulrich WALDER, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, vol. II, Zürich, 1993, p. 37 et seq. (marginal note 16).

(40) Cp., e.g. Austrian-Italian Treaty of 1977 (*supra* n. 22) Art. 4; Austrian-German Treaty of 1979, (*supra* n. 24) Art. 3.

(41) Art. 3 (1) French Insolvency Act Art. 3 (1); German Bankruptcy Act 1877 § 102 (1); German Insolvency Act 1994 § 17 (1); Swiss Execution and Bankruptcy Act Art. 190 (1)(2).

(42) English Insolvency Act, 1986, sect. 122 (1)(f); German Bankruptcy Act 1877 § 102 (2); German Insolvency Act, 1994, § 17 (2).

(43) German Insolvency Act, 1994, § 18 (1).

(44) German Insolvency Act, 1994, § 19 (1).

Also these circumstances create no international problems. It may be difficult to ascertain certain facts of an entity acting internationally. The legal problem, however, can be easily answered: the *lex fori concursus* determines when insolvency proceedings can be commenced.

4. *Grounds for Commencement of Proceedings.*— The grounds for commencement of insolvency proceedings are governed by the *lex fori concursus*. If insufficient assets are such a ground, it is irrelevant whether these assets are located in the *forum* State or abroad (45). There are, however, exceptions to this principle, but they refer primarily to ancillary proceedings or proceedings in fora with inferior jurisdiction.

5. *Effect of Commencement of Proceedings.*— At the commencement of domestic bankruptcy proceedings the bankrupt debtor loses his powers of management and disposal over the assets which form part of the bankrupt's estate. These powers are vested with a judicial receiver, trustee or administrator. The bankrupt's creditors are not allowed anymore to levy execution on the bankrupt's property; any pending execution is staid. The bankrupt's debtors are not allowed to make payments directly to the bankrupt. These normal effects of any commencement of insolvency proceedings create at least two problems with international aspects.

a) *Assets Located Abroad.*— Most bankruptcy and insolvency proceedings want to cover also the debtor's assets located abroad, i.e. they intend to work extraterritorially. This is expressly

---

(45) Cp. the definition of "property" in English Insolvency Act, 1986, sect. 436.

provided in the English Insolvency Act 1986 s. 436. The opposite policy is codified in Article 3 (1) of the Japanese Bankruptcy Law 1922: "A bankruptcy adjudged in Japan shall be effective only with respect to the bankrupt's properties which exist in Japan" (46) In most countries, however, a clear answer is not given by the legislator. And here the confusion starts when a battle is fought between the principle of extraterritoriality and that of territoriality.

Without adding to the confusion, the problem should be reduced to a well known phenomenon of private international law and several other branches of international law, including criminal law.

(1) Most courts exercising *in personam* jurisdiction assume jurisdiction on the person and subject matter wherever the person resides or the property (at least movable property) is located. Whether their decisions will be enforced, depends on the — of course — territorially restricted power of the *forum* State and on the attitude of foreign States where the decisions are applied to be recognized and enforced.

(2) In many instances States are willing to recognize and enforce foreign decisions and to grant international legal assistance to other States. Such a recognition or assistance, however, requires that the decision to be recognized and enforced wants to work extraterritorially. As, e.g., a Japanese bankruptcy decree only refers to assets located in Japan, such a decree cannot be recognized and enforced abroad with respect to assets located outside of Japan because it does not even pretend to affect these assets.

(3) Therefore all primary bankruptcy and insolvency proceedings commenced in fora exercising primary jurisdiction (*supra* no. 15), should, for the sake of a well established bankruptcy

---

(46) Translation in WOOD/TOTTY, *supra* n. 27, p. 501. As to this principle cp. Koji TAKEUCHI, *Treatment of International Insolvency Issues in Japan*, in LEONARD/BESANT, *supra* n. 11, pp. 69-92 (73 et seq.).

policy (unitary liquidation of debtor's entire assets) intend to work extr territorially and rely on other members of the World Community that the decisions of primary bankruptcy proceedings will be recognized and be enforced either unconditionally or after the termination of local ancillary proceedings. It would be a serious self-mutilation of primary proceedings if they were modestly restricted to persons or assets physically present in the forum State and therefore subject to the authority of the forum State (47). Finally it is a serious fallacy to confuse the commandment of a specific conduct (decision of the primary proceedings) with the realization or realizability of such an appeal. Also true in international bankruptcy proceedings is: Nothing ventured, nothing gained.

The long and the short of it: Unless expressly provided differently (48), every primary bankruptcy or insolvency proceedings intend to cover the debtor's assets wherever located.

b) *Debtors of the Bankrupt Debtor.*— The commencement of insolvency proceedings and the publication of it may be unknown to the bankrupt's debtors residing abroad. Will they be discharged if they pay their debt after the commencement of the insolvency proceedings and the publication of it and if their payment is not received by the bankrupt's estate?

This problem is easily solved if the *lex fori concursus* provides that there will be a discharge unless the debtor knew of the commencement of insolvency proceedings. (49) Then it is clearly up to the insolvency administration to inform the bankrupt's debtors of the commencement of insolvency proceedings. If such

---

(47) Therefore the Japanese Bankruptcy Research Group proposes to abolish the principle of territoriality enacted in the Japanese Bankruptcy Law Art. 3 (*supra* n. 45): cp. Art. 3 (1) of the Preliminary Draft of the International Bankruptcy Related Provisions in the Japanese Insolvency Proceedings, in LEONARD/BESANT, *supra* n. 11, p. 93.

(48) So in Japan, *supra* n. 46.

(49) Cp. German Insolvency Act 1994, § 82; Dutch Bankruptcy Act, Art. 205.

a flexible provision is lacking, the debtor residing abroad could argue that insolvency proceedings do not work extraterritorially and that therefore every payment in favour of the bankrupt must discharge the debtor. (50) This argument, however, will not be recognized by the *lex fori concursus* if it turns out that the debtor knew about the commencement of insolvency proceedings.

An Austrian-German case may illustrate the problem and a solution which does not question the ambition of primary bankruptcy proceedings to cover also assets located abroad.

Primary bankruptcy proceedings were opened in Austria at the debtor's principal place of business and State of incorporation (51). The bankrupt had a current account with a German bank and this account showed a debit balance in the amount of German marks. After the opening of the Austrian proceedings, but before the bank got notice of it, 4500 German marks were paid into this account. Some days later the Austrian administrator asked to pay these 4500 marks into the estate of the bankrupt. When the bank refused to do it and was only willing to pay the balance of 50 marks, the Austrian administrator brought a suit against the bank in Germany asking for payment of 4500 German marks into a special account in favour of the estate. The German court did not put into question the ruling of the Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) that primary bankruptcy proceedings cover the bankrupt's estate wherever located. Even if this

---

(50) Japanese Bankruptcy Law, Art. 3 (2).

(51) Landgericht München 2 December 1986, *IPRspr.* 1986 No. 209, and article by Alexander TRUNK, *KTS*, 1987, p. 415 et seq.

were not the case, an innocent debtor who paid into the bankrupt's account or paid by setoff, is discharged and does not have to pay twice. Because of this the bank could set its debt (4500 marks) off against the bankrupt's debit balance of his current account (4000 marks). This judgment is based on case law and general considerations because the Austrian-German Bankruptcy Treaty of 1979 (52) had not yet entered into force.

#### 6. *Creditors of the Bankrupt.*

a) *Domestic and Foreign Creditors.*— Normally all creditors are permitted to take part in the insolvency proceedings no matter whether they are resident in the *forum* State or abroad. In most States this equal treatment of creditors is not expressly mentioned in bankruptcy or insolvency codes. In a few countries the equal treatment of creditors is a conditional one. The condition is that a foreign State also treats domestic and foreign creditors alike. (53)

Foreigners may, however, be discriminated insofar as they may be precluded to apply for bankruptcy proceedings. This may happen in France with respect to Art. 14 and 15 Code civil which apply only to French citizens and which are not superseded by the Brussels Convention not applicable to bankruptcy proceedings (54). It is doubtful whether such an exorbitant jurisdiction in bankruptcy should be exercised because of the limited effect of such proceedings which may be qualified as rather secondary ones.

---

(52) Cp. *supra* at n. 24.

(53) Japanese Bankruptcy Law, Art. 2. Also this provision is designed to be abolished: cp. section 6 of the Preliminary Draft, *supra* n. 47.

(54) Cp. the critical remarks by Jean-Pierre RÉMERY, *La compétence juridictionnelle pour ouvrir une faillite internationale: l'exemple du droit français*, *Droit et pratique du commerce international*, 20 (1994) p. 553 et seq., at p. 554-557.

There may be factual disadvantages of creditors residing abroad. They may not get notice of the commencement of proceedings and of any later invitation to take part in the distribution of assets. This factual disadvantage can hardly be avoided and it is the creditor who runs the general risk that his debtor become insolvent. Only few States provide certain rules for such situations. If the creditor files its claim before any distribution, it will take part in the liquidation as if it had not been late. If, however, all assets have already been distributed, the late creditor has no claim against the creditors which took part in the distribution (55). In French law creditors residing abroad get more time to file their claims with the representative of the creditors (56).

b) *Foreign Entities of Public Law.*— The distinction between foreign and domestic creditors may become important as soon as government agencies are involved trying to participate as tax creditors or as creditors of other dues of public law. In most States it is taken for granted that a foreign State cannot sue for unpaid taxes in local courts and that even foreign judgments for payment of taxes cannot be enforced. I do not want to explain why these statements at least are doubtful and not beyond any reasonable considerations. Suffice to say here that in many jurisdictions foreign government units as creditors of unpaid taxes or public dues are not allowed to participate in local insolvency proceedings. As they cannot liquidate or enforce their tax claims in individual enforcement proceedings they are also prohibited to do this in insolvency proceedings unless there are treaty provisions to the contrary (57).

---

(55) Spanish Commercial Code, Art. 1284.

(56) Art. 66 (1) sentence 2 of the Décret n. 85-1388 of 27 December 1985, Journal officiel of 29 December 1985. Similar Belgian Commercial Code, Art. 497; Luxemburg Commercial Code, Art. 497.

(57) Cp., e.g. Article 19 (3) of the Austrian-German Bankruptcy Treaty of

Also in the United States the overriding principle of international law prevails over bankruptcy law: No foreign claims for taxes will be enforced by local courts although government units to which the Code refers are also foreign States or governments. (58)

In many States several government units are privileged creditors for tax claims, for contributions to social insurance entities and for other dues. So long as such claims will not be recognized in foreign primary proceedings it can be taken for granted that local ancillary proceedings will survive and be commenced in order to liquidate local assets in favour of such public dues (59).

c) *Creditors Who Collect Abroad.*

(1) *Dividend in Foreign Ancillary Proceedings.*— Creditors taking part in domestic primary bankruptcy proceedings cannot be restrained from taking part in foreign ancillary or secondary proceedings. If creditors were partially satisfied in these ancillary proceedings, they try to file their still unpaid claim with the primary proceedings. Are they allowed to do so, do they have to pay into the primary estate what they received abroad, or is there any other device to treat creditors in domestic primary proceedings equally?

These questions were raised in Germany with respect to American-Canadian-German insolvency proceedings.

A German speculator in immovable property went bankrupt and primary insolvency proceedings were opened in Germany. Ancillary

---

1979; *supra* n. 24.

(58) Cp. 11 U.S.C. §§ 507 (a) und 101 (27).

(59) Even bilateral treaties with a unitary administration collect satisfactory public dues primarily by liquidation of the assets located within the creditor State: Austrian-German Treaty, 1979 (*supra* n. 24) Art. 19 (3).



proceedings were commenced in Canada and in the United States. The plaintiff as a creditor took part in these ancillary proceedings and at the same time filed his entire claim with the German primary proceedings. The administrator declined to accept this application and contended that the creditor has to pay the dividends collected in foreign ancillary proceedings to the estate to be distributed in Germany. The Court of Appeal in Cologne (60) finally decided that

- the foreign ancillary proceedings will be recognized. These acts of sovereignty should not be ignored;
- dividends collected by a creditor in such proceedings may be kept and need not be paid to the administrator of domestic primary proceedings;
- the only impact these ancillary proceedings have on primary proceedings is the fact that the claim of partially paid creditors is reduced and can only be filed in the reduced amount.

Such decisions and similar statutory provisions (61), without emphasizing their importance, are extremely important for the coordination of parallel bankruptcy proceedings. If the ambition of primary proceedings to cover the bankrupt's entire estate wherever located were carried to its logical consequences, the primary administrator would in fact sue all creditors who collected abroad and ask for payment of their dividend into the

---

(60) OLG Köln 31 January 1989, *IPRspr.*, 1989, No. 250 and article by Hans HANISCH in *ZIP*, 1989, 273-279.

(61) Cp., e.g. 11 U.S.C. § 508.

estate to be distributed according to the *lex fori concursus principalis*. These consequences are, however, not drawn. The primary bankruptcy proceedings give way to ancillary proceedings, recognize them and their distribution of local assets as final and are satisfied with the distribution of the remaining assets. The ambition of the primary proceedings may therefore be summarized as follows: Primary bankruptcy proceedings try to administer and distribute the bankrupt's entire estate wherever located subject to recognized foreign ancillary proceedings and the distribution of assets by this jurisdiction.

(2) *Proceeds of Individual Enforcement Proceedings or Direct Payments.*— As will be seen later (*infra* nos. 71–76), primary bankruptcy proceedings do not bar automatically individual enforcement proceedings in countries different from the State of the *forum concursus*. Therefore creditors may try to attach assets located abroad and to liquidate them to satisfy their claims.

Primary bankruptcy proceedings are opened in State A. The debtor holds bank accounts in State B. Several creditors residing in State A, B and C attach the bank accounts held in State B and get either full payment or only partial performance. Has the administrator in State A any remedy against these creditors?

If the creditors were only partially satisfied abroad and file the unpaid part of their claim with the primary bankruptcy proceedings, they may either take part but will not be paid before all other creditors of the same class received the same payment which were collected abroad (62) or they have to pay the

---

(62) Cp. 11 U.S.C. § 508.

amount they recovered abroad into the bankruptcy estate (63).

Even if the creditor was fully satisfied abroad, and is subject to the jurisdiction of the *forum concursus* (*in personam* or *in rem*), he has to pay the entire payment he recovered abroad into the bankruptcy estate (64).

Unless expressly provided for in statutory provisions this result is justified by two principles: *par condicio creditorum* and unjust enrichment. Any advantage not adjudicated by a competent bankruptcy court (acting either as a primary or ancillary *forum concursus*) is unjustified in comparison to creditors of the same class.

Whether these principles are really taken seriously has to be decided when the administrator of *foreign* bankruptcy proceedings brings an action for recovery in *domestic* courts against a creditor who in full notice of the foreign bankruptcy proceedings attached *local* assets of the bankrupt or got payment from the bankrupt's debtors and thereby gained undue advantages to the detriment of other creditors.

In a Dutch-German bankruptcy case primary proceedings were opened in the Netherlands. A creditor who knew about these proceedings attached German assets of the bankrupt and got payment from the attachment debtor. The Dutch administrator brought an action in Germany against the creditor for recovery of the payments and based his action on article 203 of the Dutch Bankruptcy Act (65). German courts held that the Dutch administrator's action is

---

(63) Cp. Dutch Bankruptcy Act, Art. 203, 204.

(64) German Federal Supreme Court (BGH) 13 July 1983, BGHZ 88, 147 = *IPRspr.* 1983 No. 205b; as to this decision cp. Kurt H. NADELMANN, From the "International Bankruptcy" Field Progress in West Germany: "Kosmos" Overruled, *Riv. dir. int. priv. proc.* 20 (1984), pp. 47-50.

(65) *Supra* at n. 63.

well founded and entered a judgment in his favour (66).

Interesting is that such a *condictio indebiti creditoris concursus* is not only enforceable in the *forum concursus* but also outside this forum State if the foreign jurisdiction also subscribes to the principle of *par condicio creditorum* on a transnational basis.

7. *Avoidance of Transactions.*— Where the bank is rotten (*banca rotta*, bankruptcy), the bankrupt fails to pay his debts (*faillite*, *fallimento*, *faillissement*), the creditors rush together (*Konkurs*) and try to prevent further damage and disadvantages (*quiebra*), there is also temptation to defraud the estate and competing creditors. Therefore most jurisdictions provide rules for avoidance of fraudulent transfers and obligations (*l'action en nullité*; *Anfechtungsklage*; *azione revocatoria per nullità o inefficacia degli atti pregiudizievoli ai creditori*).

The reason for most of these rules for avoidance are based on a fair evaluation of the interests of creditors in a solvent estate and of the recipients of avoidable transactions. There are three solutions which might possibly strike a balance between these divergent interests: 1) The law applicable to the transaction avoided applies, 2) the *lex fori concursus* or 3) both of them with the effect that the transaction can only be avoided if two sets of avoidance rules provide the avoidance of a certain transaction.

There is almost no support for the first solution that avoidance should be governed by the law applicable to the transaction to be avoided (67). This is easily explained. If such a

---

(66) Landgericht Kleve 17 January 1990 and Oberlandesgericht Düsseldorf 15 November 1990, *IPRjpr.*, 1990, No. 254.

(67) An exception is Wolfram HENCKEL, *Die internationalprivatrechtliche Anknüpfung der Konkursanfechtung*, in *Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit*, Festschrift für Heinrich Nagel, Münster, 1987, p. 93-111.

solution were seriously advocated, it had to admit that parties might evade avoidance rules by a choice-of-law clause unless an additional rule had to be formulated as follows: Avoidance is governed by the law objectively (exclusion of any choice of law) applicable to the transaction to be avoided. In this case innocent parties to a contract with choice-of-law clause will be disappointed because avoidance will be governed by a law they never relied on.

To apply to different sets of avoidance rules, those of the law governing the transactions and those of the *lex fori concursus*, had been proposed in the draft for a new German Insolvency Code (68). It was finally dropped together with almost all provisions on international insolvency. Such a rule creates such a lot of problems that it can hardly be recommended.

The prevailing court practice and opinion seems to be that an action for avoidance of certain transactions is governed by the *lex loci concursus*. This is certainly the case for domestic bankruptcy proceedings and actions for avoidance brought in this State (69), although courts might hesitate to apply the *lex fori concursus* to transactions completely disconnected with the *forum* State (70).

What, however, if the administrator of foreign bankruptcy proceedings brings an action for avoidance in domestic courts basing his claim on the foreign *lex fori concursus*? Unless secondary ancillary bankruptcy proceedings have been commenced with special rules for avoidance (71), also such an action by foreign administrator should be governed by the foreign *lex fori*

---

(68) Draft of the Insolvency Code, § 382, Drucksache des Deutschen Bundestages 12/2 443 of 15 April 1992, p. 68

(69) Cp. Hans HANISCH, *Grenzüberschreitende Insolvenz*, in *The International Symposium on Civil Justice in the Era of Globalization*, Tokyo, 1993, p. 315-346 (341 Note 158).

(70) Cp. German Federal Supreme Court, 30 April 1992, ZIP, 1992, 781, applying the *lex fori concursus* cautiously.

(71) Cp. Swiss P.I.L. Statute Art. 171.

*concursum* (72). If such primary bankruptcy proceedings are recognized, the law governing these proceedings (*lex fori concursus*) is the law with a prevailing interest to have its avoidance rules applied.

#### 8. *Estate and its Distribution.*

a) *Estate and Securities.*— Normally the *lex fori concursus* determines the questions which assets form part of the estate, which can be recovered as not belonging to the bankrupt and which claims are treated as privileged claims. Problems arise if assets are located outside the State of the *forum concursus* and according to the insolvency law at the *locus rei sitae* enjoy a better treatment than under the *lex fori concursus*. Should the *lex fori concursus*, for the sake of uniformity of bankruptcy proceedings, prevail or the *lex rei sitae*?

The French case Kléber (73) may serve as an example. An apartment in France formed part of the estate of a Danish debtor who went bankrupt in Denmark. If creditors would have provided furniture on credit to the apartment, would these creditors be protected according to French or Danish rules of bankruptcy?

There are strong arguments in favour of the *lex fori concursus* (74). But also local creditors need protection (75). If they

---

(72) OLG Hamm 25 October 1976, *IPRspr.* 1976, No. 211: Successful action for avoidance according to the law of Luxemburg brought by a Luxemburg administrator in bankruptcy in German courts.

(73) Cass. 25 February 1986 (*Société Kléber c. Société anonyme de droit danois Fritz Hansen*), 73 *La Semaine juridique* 1987 II 20776, with note by Jean-Pierre REMERY = *Rev. crit.* 76 (1987) 589 with note by HERVE SYNVEY.

(74) Cp. Hans HANISCH, *Die Wirkung dinglicher Mobiliarsicherungsrechte im grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren*, in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt/M., 1993, pp. 61-72 (66-69).

were not protected, they would ask for ancillary bankruptcy proceedings and then would be protected under the *lex fori concursus ancillaris*. This may provide a solution different from the rather general one in the EC Draft Convention Art. 4 (1) exempting such assets completely from the primary proceedings (76). The bankruptcy privileges of the *lex rei sitae* should govern and the surplus should be transferred to the estate (77).

b) *Lex fori concursus and other Concurring Provisions.*— The *lex fori concursus* as the basic set of rules governing the bankruptcy proceedings is, more or less, easily applied. Problems may arise when the *lex fori concursus* has to be delimited from the law governing transactions, the creation of certain security interests and claims. The rule is almost settled: the *lex contractus*, *lex rei sitae* etc. govern the creation of claims and rights whereas the *lex fori concursus* determines the position of these claims and rights in bankruptcy proceedings (78) unless certain exceptions, already mentioned (*supra* no. 49), have to be made.

A well known problem of private international law may be met also in bankruptcy proceedings. Which claims or rights created under foreign law qualify as equivalents to domestic claims or rights conferring certain privileges or preferences? I do not want to answer this question because it may also arise in different contexts and is not a genuine problem of international insolvency proceedings (79). Moreover a full account of

---

(75) Cp. Draft EC Convention, Art. 4 (1).

(76) The same was provided in the draft of the German Insolvency Code of 1994. Cp. Draft, § 390.

(77) Similar HANISCH, *supra* n. 74, p. 69.

(78) Luigi DANIELE, *Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1987, p. 104 et seq.; Michel TROCHU, *Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite*, Paris, 1967, p. 160 et *passim*.

(79) To some of these problems cp. TROCHU, *supra* n. 78, pp. 132 et seq.

national experience with this problem would require a separate paper if not book.

c) *Distribution of the Estate*.— The estate is finally distributed according to the *lex fori concursus* subject to some variations already mentioned (*supra* nos. 39–41).

9. *Intermediate Summary*.— Primary insolvency proceedings may create problems. Normally they are inherent problems of international activities which cannot be avoided. There are only a very few artificial problems fabricated by national legislation or by the judiciary (*supra* no. 24). This may be different with non-domiciliary proceedings. There are genuine problems, but also many problems originating in inadequate or unbalanced or inflexible national solutions. These two kinds of problems have to be kept in mind and kept apart.

II. *Non-Domiciliary Insolvency Proceedings*.— Insolvency proceedings may be commenced in States where the bankrupt does not reside. Such non-domiciliary proceedings may qualify as proceedings ancillary to recognized domiciliary proceedings, as collateral to not recognized domiciliary proceedings or as proceedings isolated insofar as no primary proceedings have been commenced somewhere.

1. *Secondary Proceedings (Ancillary Proceedings)* (Scenario 2).— If assets of the bankrupt's estate are located outside the domiciliary forum State or if the bankrupt's debtors reside abroad, the administrator in bankruptcy responsible for the primary proceedings has to try to get hold of these assets and to collect money from these debtors. The creditors of the bankrupt



will be interested to attach the bankrupt's assets located outside the State of the *forum concursus* and the bankrupt may have hidden assets abroad in order to withhold them from being drawn to the estate. Because of these different interests different sub-scenarios have to be distinguished. But before doing this, the different national frameworks for ancillary proceedings in general deserve some remarks. Ancillary proceedings are subordinate to primary domiciliary proceedings insofar as they do not object to these primary proceedings, they rather recognize these domiciliary proceedings and therefore restrict themselves to a territorially limited liquidation of assets and the remittance of certain proceeds to the administrator of the primary proceedings.

Modern statutes (e.g. Switzerland) and multilateral conventions (e.g. Istanbul Convention) provide for such ancillary proceedings. But they are also known in States which, for different reasons, do not have special statutory rules for ancillary proceedings. Court practice may develop such rules as it has been done in several countries, e.g. in France (*faillite locale*) or in Germany (*Parallelkonkurs*). Therefore it is of minor importance whether the national legislator already reacted to modern trends or not. If not here could Justice Holmes (80) be paraphrased with more legitimacy: "The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law" [of international insolvency].

a) *Foreign Administrator in Bankruptcy*.— Will a local court recognize that a foreign administrator has standing to sue the bankrupt's debtors residing in the forum State or is it correct that the debtor may successfully contest the administrator's power and pay the bankrupt?

---

(80) Oliver W. HOLMES, *The Path of the Law*, Harv. L. Rev. 10 (1897) 457-478 (461).

Such a situation had to be adjudicated when the German Federal Court for Civil and Criminal Matters (Bundesgerichtshof) handed down its landmark decision of 1985 (81) which completely changed the German court practice in cases of international bankruptcies. The German Federal Court held that a foreign (Belgian) administrator in bankruptcy as the representative of the estate in bankruptcy and of all creditors has standing to sue in German courts a debtor of the bankrupt.

This case illustrates a general problem existing in every State. The commencement of foreign primary bankruptcy proceedings and the appointment of an administrator may be recognized automatically (as in England with respect to movables), incidentally (as in Belgium, Germany and Luxemburg), by a formal decision (as in France, Italy or Switzerland) or by a court order (as in England with respect to immovable property located in England). Normally there are four preconditions for such a recognition:

- foreign proceedings must be bankruptcy proceedings (not a normal dissolution of legal entities),
- jurisdiction of foreign authorities according to standards of the recognizing State (so called indirect jurisdiction),
- foreign proceedings must intend to work extraterritorially,
- no violation of public policy (*ordre public*) of the recognizing State.

(1) *Foreign Bankruptcy Proceedings*.— Today the word “bankruptcy” is becoming more and more oldfashioned. The term “insolvency” seems to be more adequate because insolvency of

---

(81) BGH 11 July 1985, BGHZ 95, 256 = *IPRspr.*, 1985, No. 218.

the debtor may lead to proceedings in the course of which it has to be decided whether there will be a reorganization or a liquidation of the insolvent entity. Therefore the question arises whether also insolvency proceedings which may end up in a reorganization has to be qualified as "bankruptcy" by the recognizing State. Such a question has to be answered when an American reorganization under chapter 11 of the Bankruptcy Code is at issue in non-American countries (82). Such proceedings have been recognized by some European countries as equivalent to bankruptcy proceedings (83). Also other foreign proceedings of composition have been held to have the same effect as bankruptcy proceedings (84).

(2) *Jurisdiction of Foreign Authority.*— Normally insolvency proceedings will be commenced at the residence of the insolvent person or at the seat or principal place of business of a legal entity. Such a situation will cause no problems unless as e.g. in Switzerland, the courts having indirect primary jurisdiction in insolvency cases is fixed at the place of incorporation (85). If such arguments are taken seriously, many bankruptcy decrees will not be recognized because they were not issued by the proper authorities (86) and the proper authorities in off-shore-territories will not be asked to commence bankruptcy pro-

---

(82) OLG Hamburg 10 May 1990, *IPRspr.*, 1991, No. 236; BGH 11 July 1991, *IPRspr.*, 1991, No. 237.

(83) BGH 11 January 1990, *IPRspr.* 1990 no. 164, at p. 331; LG Frankfurt a.M. 13 Febr. 1989, *IPRspr.*, 1989, no. 252; *contra* OLG Hamburg 10 May 1990, *IPRspr.*, 1991, no. 236 (*supra* n. 82).

(84) OLG Saarbrücken 31 January 1989, *IPRspr.*, 1989, No. 251 (French "règlement judiciaire" according to the old proceedings).

(85) Cp. Swiss P.L.L. Statute Art. 166 (1); 21 (1).

(86) Cp. Kassationsgericht Zürich 2 September 1991, ZR 90 (1991), no. 45: company registered in California with principal place of business in Germany. In California and in Germany domiciliary bankruptcy proceedings were commenced and the German trustees unsuccessfully tried to have the German proceedings recognized in Switzerland.

ceedings. This sort of situation is strange insofar as many countries adhering to the principle of incorporation fix their direct bankruptcy jurisdiction at the principal place of business (87) and even if the creditor succeeds to attach assets he is obliged under the *lex fori concursus* to return the proceeds of his attachment to the estate (*supra* nos. 39–42). Non-recognition of foreign proceedings favours creditors with no domicile or assets in the *forum concursus* and therefore not being subject in these courts to claims for reimbursement.

The problems of indirect jurisdiction may be easier to solve when there are two insolvency proceedings commenced abroad and the trustees try to liquidate domestic assets for their respective estates. If there are primary domiciliary insolvency proceedings and secondary ones the last sort of proceedings (secondary or collateral) normally do not work extraterritorially (*infra* at no. 63). Therefore the administrator of the domiciliary proceedings is the only person who may claim to be empowered to collect assets located abroad.

If there are, however, two or more foreign domiciliary proceedings (at the place of incorporation, at the principle place of business) the forum State where the trustees apply for recognition of their power, has to determine the foreign proceedings which should be recognized. Under English law the English authorities have to decide in which trustee the power to manage the bankrupt's estate is vested and which foreign trustee has therefore standing to sue in local courts in order to collect local assets (88). In the other countries the primary proceedings opened at first might be the proceedings to be recognized abroad.

The main problem, however, is not yet solved. Should foreign primary bankruptcy proceedings only be recognized when

---

(87) Cp. 28 U.S.C. § 1408 (1).

(88) Cp. Jan F. FLETCHER, *Report for the United Kingdom (England and Wales)*, in Jan F. FLETCHER (ed.), *Cross-Border Insolvency: National and Comparative Studies*, Tübingen, 1992, pp. 217-242 (233).

opened at the registered seat of a bankrupt company? The answer should be a negative one. Foreign primary bankruptcy proceedings should also be recognized if they were commenced at the principal place of business of a company registered in a third State. Refusing to recognize such an indirect bankruptcy jurisdiction creates artificial problems.

(3) *Extraterritoriality*.— Of course, Japanese bankruptcy decrees will not be recognized abroad because they expressly restrict themselves to assets located in Japan (89). This attitude, however, is an exceptional one. Most jurisdictions assuming primary domiciliary insolvency proceedings want that these proceedings work extraterritorially (*supra* no. 25). Only secondary insolvency proceedings, according to their purpose, are territorially restricted because they want to collect local assets only, pay some local creditors and turn over the surplus to the principal administrator of the primary insolvency proceedings. This precondition of extraterritoriality is hardly mentioned as an important one in bankruptcy studies or bankruptcy statutes (90).

(4) *Public Policy*.— It is a general rule that foreign decrees, decisions etc. may not be recognized if they violate public policy.

(5) *Reciprocity*.— Some States require reciprocity for recognition of foreign bankruptcy decrees (91). Such a requirement creates serious problems and is in itself a dubious tool of an uncooperative international attitude: From another State you are

---

(89) Art. 3 (1) Japanese Bankruptcy Law, *supra* no. 24.

(90) Cp., e.g., Art. 166 Swiss P.I.L. Statute.

(91) Swiss P.I.L. Statute, Art. 166 (2).

asking more than you are ready to grant unconditionally. Such a policy does not work and is going to punish private parties for the States with missing or poor efforts to mutually guarantee equal treatment of their bankruptcy decrees.

(6) *Recognition Procedure.*— A basic problem is connected with the question whether a foreign opening of insolvency proceedings is recognized rather informally or in a quite formal manner. Basic is this decision because it may deprive the foreign trustee in bankruptcy of his discretion to bring a single suit against a creditor or to apply for collateral non-domiciliary insolvency proceedings.

If the foreign trustee in bankruptcy and his standing to sue on behalf of the estate is informally recognized (as, e.g., in Belgium, England, Germany, United States) the trustee may immediately start court proceedings against creditors subject to the jurisdiction of the forum State.

If, however, the foreign opening decree has to be formally recognized and, as in Switzerland (92), *ipso facto* causes a collateral insolvency proceedings in favour of secured creditors and of locally domiciled creditors, such an automatism can hardly be called international judicial assistance because no foreign State asked for it.

If lengthy exequatur proceedings are needed to enforce foreign bankruptcy decisions, different artificial problems arise. You have to distinguish between events implying an execution and those without any execution. France has tried to reduce the requirement of an exequatur by qualifying certain events as being valid without such a formal recognition of foreign proceedings.

The “*affaire Kléber c. Hansen*”, already men-

---

(92) Swiss P.L.L. Statute, Art. 170 (1).

tioned (*supra* no. 48) can only be understood as a successful attempt to foster generously the ideals of coordinated international bankruptcy proceedings at the expense of petty formalism and of preferential treatment of local creditors. Part of the Danish bankruptcy estate formed an apartment in France. After the opening of the Danish bankruptcy proceedings this apartment was attached by the French creditor Kléber and "une hypothèque judiciaire provisoire" was registered in its favour. The Danish administrator sold this apartment to the Danish Company Frits Hansen and the creditor brought an action against this company to enforce its judicially secured claim. The court dismissed the suit. The creditor attached the apartment after the bankruptcy had been opened in Denmark, this was known to the creditor and the Danish administrator could sell the apartment.

A foreign administrator is not recognized in all countries as the judicially authorized representative of the estate and the bankrupt and therefore is precluded to collect assets forming part of the estate. Under the *lex fori concursus* the bankrupt is obliged to cooperate and to authorize the administrator to act as the bankrupt's agent and to collect as such a representative the assets located abroad (93).

b) *Other Extraterritorial Effects of Foreign Bankruptcy Procee-*

---

(93) Cp., e.g., OLG Köln 28 April 1986, *IPRspr.*, 1986, No. 208: German primary bankruptcy proceedings. The bankrupt had to authorize the administrator in order to dispose of immovable assets located abroad.

*dingsb).*

(1) *No Individual Execution Proceedings.*— The normal effect of the opening of bankruptcy proceedings is the prohibition to levy execution upon assets which form part of the bankrupt's estate. If the extraterritorial effect of the opening of bankruptcy proceedings are taken seriously, also this opening should bar any individual execution upon assets located outside the domiciliary State in which primary bankruptcy proceedings were opened.

In some countries (e.g. Germany) the commencement of foreign domiciliary bankruptcy proceedings bars any local levy of execution upon the bankrupt's assets unless based on a *titel* validly acquired before the opening (94). Every execution levied after the opening of bankruptcy proceedings will be stayed (95); and if levied before the opening may be subject to avoidance proceedings. If no domestic ancillary proceedings have been commenced, the avoidance should be governed by the foreign *lex loci concursus* because there is no bankruptcy at the place of execution and the only law which claims to be applicable is the foreign *lex loci concursus* (*supra* no. 47). In countries with a less liberal attitude the foreign administrator in bankruptcy should apply for local ancillary proceedings in order to make use of local remedies preventing the individually advanced exploitation of local assets (see *infra* 92).

If foreign bankruptcy proceedings bar local levies of execution, the question has to be answered at which time this bar has to be fixed: Is it the time of opening according to foreign law (e.g. by filing a petition under the U.S. Bankruptcy Code: 11 U.S.C. § 301, 303) or the publication of a court order or the notice by the single creditor? This question will be answered on the background of local policies laid down in

---

(94) BGH 11 July 1985, BGHZ 95, 256 = *IPRspr.*, 1985, No. 218 at p. 597, in a restrictive interpretation of the German Bankruptcy Code of 1877, § 237.

(95) LG Kleve 17 January 1990, *IPRspr.*, 1990, No. 254a; OLG Düsseldorf 15 November 1990, *IPRspr.*, 1990, No. 254b: Dutch bankruptcy proceedings bar individual execution in Germany.



domestic bankruptcy codes. Where in purely domestic cases it is no defense for the execution creditors that they did not know of opened bankruptcy proceedings, there is no reason to require such a notice in international cases. Unsecured creditors always run the risk that attached assets turn out to be assets not belonging to the debtors or assets not subject any more to individual execution.

Every execution barred by the bankruptcy proceedings have to be stayed. If the assets or their proceeds have already been distributed to the creditor, this person has to return these payments to the estate (*supra* nos. 39–42).

If (as, e.g., in France, Switzerland) foreign bankruptcy proceedings do not preclude local execution proceedings unless formally recognized (*supra* no. 68), the foreign trustee in bankruptcy should ask for protective court orders which temporarily prohibit individual execution proceedings until the court renders its final decision whether foreign bankruptcy proceedings will be recognized or not.

Here again artificial problems may be created by a restrictive policy to recognize informally foreign bankruptcy proceedings. Unless innocent creditors have to be protected, it is reasonable to recognize the authority of a foreign administrator incidentally and to bar individual execution. The opposite policy – deliberately or accidentally – favours local but also alert foreign creditors at the expense of an equal treatment of all creditors (*par condicio creditorum*). If such a necessity is felt, ancillary proceedings should be opened.

(2) *Stay of Proceedings against Bankrupt.*— The opening of bankruptcy proceedings normally operates as a stay of all proceedings against the bankrupt already started or about to be started against the bankrupt (96). Does such a rule also apply for

---

(96) 11 U.S.C. § 362 (a); German Code of Civil Procedure, § 240.

domestic proceedings if bankruptcy proceedings have been commenced abroad? If such a stay is provided by the domestic *lex fori*, the foreign proceedings should work the same way as domestic bankruptcy proceedings would work (97). This would be the logical consequence of the recognition of foreign bankruptcy proceedings and their equal treatment with domestic ones. It should be avoided that domestic proceedings against the bankrupt are continued against or by the wrong person. It is the administrator who has exclusive power to decide about the continuation or discontinuance of single proceedings brought by the bankrupt or started against him.

(3) *Preservation of Assets.*— The assets of the bankrupt should be preserved for the main proceedings or – if any – for ancillary proceedings which may take place at every place where assets can be found. Different persons may be interested to start such ancillary proceedings.

(4) *Discharge and Title for Unpaid Sum.*— Primary bankruptcy proceedings may be terminated by a discharge of the bankrupt after his estate has been distributed or creditors who have not been completely satisfied may ask for an executory title about the unpaid sum which the debtor still owes and has to pay if his financial situation improves. Such court decrees will be recognized under the conditions already mentioned (*supra* nos. 57–65) (98).

---

(97) Differently BGH 7 September 1988, *IPRspr.*, 1988, no. 229; *contra*: OLG Karlsruhe 11 May 1990, *IPRspr.*, 1990, No. 255; RIEGEL, *RIW*, 1990, 546-560.

(98) Recognition of a French discharge: OLG Saarbrücken 31 January 1989, *IPRspr.*, 1989, No. 251; conditional recognition of a Swiss executory title on the unpaid claim: OLG Stuttgart 20 March 1989, *IPRspr.*, 1989, No. 253.

c) *Secondary or Ancillary Bankruptcy Proceedings.*— It may be recalled that secondary (or non-domiciliary or ancillary) bankruptcy or insolvency proceedings are those proceedings which are initiated parallel to primary proceedings (*supra* no. 11). Although the terms “secondary proceedings” (99) and “ancillary proceedings” (100) are used in international instruments, they are rarely used in national statutes or in national technical terminology (101). In many countries secondary proceedings are simple bankruptcy proceedings based on jurisdiction different from that for proceedings at the bankrupt’s center of business or living. And yet almost every country basically distinguishes between different kinds of procedures. The simple test question would be: Will a bankruptcy court of secondary jurisdiction (in *rem* jurisdiction or exorbitant jurisdiction) and the appointed administrator make efforts to collect all the bankrupt’s assets wherever located, at home and abroad?

(1) *Interests of Parties Involved.*— Different persons may be interested that separate bankruptcy proceedings be commenced at the place where assets of the bankrupt are located outside the State where primary domiciliary proceedings have been opened. Local creditors prefer to be paid at home and not to be obliged to file their claim in foreign insolvency proceedings. Also the foreign trustee in bankruptcy may be interested to liquidate a local estate collectively rather than to bring individual law suits against local creditors. Also debtors may prefer to have separate ancillary bankruptcy proceedings be commenced. Of course, such separate insolvency proceedings may disturb universally structured and recognized primary domiciliary bankruptcy proceedings. But such a disturbance can hardly be avoided. It can,

---

(99) Cp. Council of Europe Convention, 1990, Art. 16; EC Draft Convention, 1994, Art. 19.

(100) International Bar Association Model Act, 1988, section 2.

(101) 11 U.S.C. § 304.

however, be mitigated. Various kinds of ancillary bankruptcy proceedings have to be distinguished. Their common feature shall be emphasized and their differences be stressed.

(2) *Different Kinds of Ancillary Proceedings.*— Ancillary bankruptcy proceedings have at least three major features in common: (a) They presuppose and recognize primary domiciliary bankruptcy proceedings to which they want to be subordinated in several respects. (b) These ancillary proceedings do not pretend to have extraterritorial effect. They are restricted to local assets located within the State where the ancillary proceedings have been opened (102). (c) If there is any surplus at the end of ancillary proceedings, this surplus will be handed over to the administrator of the primary proceedings.

Within this common framework considerable differences prevail. The first distinction to be drawn refers to the opening of the ancillary proceedings. There are two different types with some sub-types:

- The recognition of a foreign domiciliary bankruptcy decree (opening of primary proceedings) automatically leads to the opening of ancillary proceedings (e.g. Switzerland).

- If foreign domiciliary bankruptcy proceedings are recognized, the authorities at the place of assets located outside the domiciliary State

- may, at their discretion, open ancillary proceedings, grant individual relief or dismiss a local case or suspend any local proceedings (e.g. United States) or

- have to commence ancillary proceedings if requested by some person entitled to do so (e.g. Council of Europe Con-

---

(102) Such a restriction is sometimes mentioned in statutory provisions or conventions: cp., e.g., German Bankruptcy Code § 238 (1): "... only affect property situated in the Federal Republic"; Swiss P.I.L. Statute Art. 170 (1): "... subjects the debtor's assets in Switzerland"; EC Draft of 1994 Art. 19 (1): "... proceedings on the assets located in this State".

vention of 1990).

Within these types several additional distinctions have to be drawn. These refer to persons entitled to request ancillary proceedings, the creditors taking part in these proceedings, the moment before which a claim must have been arisen in order to qualify as a claim against the bankrupt's estate, the circumstances of turnover of a surplus to the foreign domiciliary administrator.

(3) *Application to Commence Ancillary Proceedings.*— If every creditor of the estate is entitled to request the opening of ancillary proceedings, such proceedings will be opened very often and hence reduce the effectiveness of centralized domiciliary insolvency proceedings. Several different solutions for this problem are offered:

– The foreign administrator in bankruptcy is exclusively entitled to request the opening of ancillary bankruptcy proceedings (103);

– creditors may request the opening only if they can show a special interest in ancillary proceedings (104);

– all creditors of the estate according to the law of the State where the opening of ancillary proceedings is requested (105);

– creditors of the estate according to the law of the primary and the secondary ancillary proceedings (106).

The choice of one of these solutions depends, to a large extent, on the attitude towards ancillary insolvency proceedings.

(103) According to 11 U.S.C. § 304 only such proceedings requested by a foreign representative are called "ancillary to foreign proceedings". It should, however, not be forgotten that American insolvency proceedings can also be commenced without such a request at the place of the bankrupt's principal assets in the United States: 28 U.S.C. § 1408 (1).

(104) Cp. EC Draft Art. 22 (2); German Draft of the Insolvency Code § 396 (2).

(105) Council of Europe Convention 1990 Art. 18 lit. b.

(106) Cp. Swiss P.I.L. Statute Art. 166 (1).

The more such proceedings are subordinate to the primary proceedings and the more they decline to favour local interests or local creditors the less they expand the group entitled to apply for the opening of ancillary insolvency proceedings.

(4) *Jurisdiction for Ancillary Proceedings.*— Jurisdiction for ancillary proceedings may be exercised by every court where assets of the bankrupt's estate can be located or where debtors of the bankrupt can be sued. In many countries this is taken for granted and no special provisions on jurisdiction are enacted. The normal provisions for subsidiary jurisdiction of domestic authorities for bankruptcy proceedings suffice. Modern conventions (107) and codifications (108), however, provide that courts of such countries shall have jurisdiction in which an establishment of the bankrupt or where assets of the bankrupt are situated.

(5) *Opening and Effect of Ancillary Proceedings.*— The subordinate function of ancillary proceedings is shown by the grounds for opening of such proceedings. New conventions (109), drafts (110) or statutes (111) dispense from proving any financial crisis of the bankrupt debtor; the simple fact that foreign proceedings have been commenced by competent foreign authorities entitles the foreign administrator or creditors to apply for ancillary proceedings. As soon as the foreign primary proceedings have been formally or informally recognized (*supra* nos. 57–69), the ancillary proceedings may be opened and, in

---

(107) Council of Europe Convention of 1990, Art. 17.

(108) Swiss P.L.L. Statute Art. 167; German Draft § 393 (1).

(109) Council of Europe Convention 1990 Art. 16.

(110) German Draft of 1992 § 396 (3).

(111) U.S.C. § 303 (b)(4); foreign representative may file a petition under chapter 7 or 11; German Bankruptcy Code 1877 § 238 (3).

general, are administered under the local rules of insolvency proceedings (112). Courts should have a discretion to decline the opening of ancillary proceedings if such proceedings are uneconomic and the local estate should rather be turned over to the foreign administrator (113).

The ancillary proceedings do not want to seize the entire estate of the bankrupt wherever located. They restrict themselves to local assets (114) and to the bankrupt's local debtors because these debts are defined to be located at the debtor's residence or principal place of business (115). Even if this is not expressly mentioned, such a restriction is a logical consequence of the subordinate nature of ancillary proceedings.

(6) *Special Obstacles for Ancillary Proceedings?*— Even if all preconditions for ancillary proceedings are fulfilled, there may be one major obstacle which may prevent the opening of ancillary proceedings: Some countries assume insolvency jurisdiction at the local place of business of debtors having their principal place of business abroad (so-called Niederlassungskonkurs) (116). Such proceedings are restricted insofar as they are opened only for creditors of claims arising out of activities at the local place of business (117). This is a restriction of proceedings with respect to certain local claims rather than to local assets. Such proceedings in favour of certain creditors only does

---

(112) Council of Europe Convention 1990 Art. 19; Swiss P.I.L. Statute Art. 170 (1). In most countries this is taken for granted because ancillary proceedings are qualified as simple domestic bankruptcy proceedings governed by the domestic *lex fori concursus*.

(113) Cp. 11 U.S.C. § 304 (b)(2).

(114) Expressly Swiss P.I.L. Statute Art. 170 (1). German Draft of 1992 § 393 (1); German Bankruptcy Code § 238 (1).

(115) Swiss P.I.L. Statute Art. 167 (3).

(116) FRITZSCHE/WALDER, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, 3d ed., vol. 2, Zürich, 1993, p. 415.

(117) Swiss Bankruptcy Code Art. 50 (1).

not prevent ancillary proceedings restricted to local assets (118).

If, however, such special proceedings were opened for all creditors and cover all local assets, there would be no need to open normal ancillary proceedings. The already started special proceedings would serve the same objectives as the ancillary proceedings.

Such a harmony does not exist any more if the special proceedings amount to isolated and independent primary insolvency proceedings with the intention to extend to all assets wherever located. Such a rivalry between two primary insolvency proceedings will be discussed *infra* at nos. 118–123.

(7) *Preliminary and Protective Measures.*— Every formalized procedure for recognition of foreign domiciliary insolvency proceedings (*supra* nos. 68, 69) may take some time until the final decision will be passed. In the meantime the bankrupt could collect debts, hide assets and creditors could levy execution. In order to avoid such activities the foreign trustee in bankruptcy and also creditors are interested in protective measures which bar the bankrupt to part with his property and enjoin creditors to levy individual execution. In some countries it is mentioned explicitly that such protective measures may be granted as soon as the recognition of foreign insolvency proceedings has been applied for (119). If there is no formal recognition procedure, a general problem has to be solved: Until which moment is the bankrupt allowed to part with his assets, may a debtor pay the bankrupt and a creditor levy execution?

(8) *Beginning of Ancillary Proceedings.*— Normally the begin-

---

(118) Paul VOLKEN in HEINI/KELLER/SIEHR/VISCHER/VOLKEN, *IPRG-Kommentar*, Zürich, 1993, Art. 166 IPRG note 36.

(119) E.g. Swiss P.I.L. Statute Art. 268. The same remedy is provided for in France.



ning of bankruptcy proceedings is published (120). That is true of the domiciliary proceedings as well as of ancillary proceedings.

The bankrupt disposing of his assets, is, of course, already restricted to do so since the beginning of the domiciliary proceedings. If a bankrupt after the commencement of domiciliary insolvency proceedings in his home country D collects his bank account in country S where no secondary proceedings have already been opened, the bankrupt violates his duties under the domiciliary proceedings which are already known to him. The bankrupt has to turn over the payment to the estate.

But what about the bankrupt's debtor who paid the bankrupt after the opening of bankruptcy proceedings? The bankrupt's debtor will be discharged if he did not know of the opening (121) or if the payment finally became part of the bankrupt's estate (122). If the debtor paid before the opening had been publicized, it is presumed that he did not know of the opening of proceedings (123). Some countries, however, provide that payments to the bankrupt made after the opening of bankruptcy proceedings are void (124).

In the present context two proceedings have been commenced, a primary one at the bankrupt's domicile (seat, principal place of business) and the ancillary one at the place where assets could be located outside the State of the primary proceedings. Which proceedings and the knowledge of their opening is relevant for the bankrupt's debtor when payment is made to the bankrupt himself and not into the estate? This question cannot

---

(120) Cp., e.g., French Décret no. 85-1388 of 27 December 1985, Art. 2, version according to Décret no. 94-910 of 21 October 1994, Art. 23; Publication in the *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* (B.O.D.A.C.C.).

(121) Dutch Bankruptcy Act 1893 Art. 52 (1) and (2).

(122) Dutch Bankruptcy Act 1893 Art. 52 (3); Swiss Execution and Bankruptcy Act Art. 2051 (1).

(123) German Insolvency Act § 82; German Bankruptcy Act § 8.

(124) Belgian Commercial Code Art. 444 (2); Italian Bankruptcy Act, Art. 44 (2); Luxemburg Commercial Code, Art. 444 (2).

be answered by a single reply. Different situations have to be distinguished.

– If foreign domiciliary bankruptcy proceedings are recognized automatically no debtor of the bankrupt should be discharged if he knew of the opening of primary proceedings when making his payments. He cannot rely on the ancillary proceedings opened and publicized later (125).

– If foreign domiciliary bankruptcy proceedings are not recognized automatically and an exequatur of the State of secondary ancillary proceedings is needed, debtors domiciled in the State where ancillary proceedings will be opened may pay the bankrupt until the opening of the ancillary proceedings because their debt will be part of the ancillary estate and before advertisement of these proceedings the debtor is not barred to pay to the bankrupt (126).

– If, however, a debtor of the bankrupt domiciled in the State of primary bankruptcy proceedings pays the bankrupt in the ancillary State (German debtor of a German bankrupt pays into a Swiss bank account of the bankrupt) after the primary proceedings have already been publicized, there will be no discharge (127). The debtor is subject to the jurisdiction of the domiciliary State and cannot take advantage of ancillary proceedings which do not extend to his debt.

A creditor of the bankrupt is, of course, barred to levy execution in a State where insolvency proceedings have been opened. The validity of any attachment does not depend on the creditor's notice of the commencement of insolvency proceedings. Also the execution in countries outside the domiciliary State are forbidden under the law of the domiciliary proceedings. Although the execution, attachment and liquidation may be valid

---

(125) Cp. the Dutch-German case mentioned *supra* no. 42.

(126) This seems to be the Swiss solution: Cp. Swiss P.I.L. Statute Art. 170 (2) in connection with Swiss Execution and Bankruptcy Act Art. 205 (2).

(127) Cp. German Bankruptcy Code, 1877, § 8; German Insolvency Code, § 82.

according to foreign law, the creditor has to pay the proceeds to the estate if subject to jurisdiction of the domiciliary State (*supra* no. 39–41). Even if he is not subject to that jurisdiction but wants to participate in the domiciliary proceedings (because he got only part performance), the part performance is taken into consideration when his share in the estate has to be fixed (*supra* no. 39).

(9) *Participating Creditors in the Ancillary Proceedings.*— Every ancillary proceeding to be administered by the *lex fori concursus ancillaris* implies that creditors might be paid in different proceedings according to at least two different schedules of preferences: the schedule of primary proceedings in the *forum concursus principalis* and the schedule of ancillary proceedings in the *forum concursus ancillaris*. Therefore all jurisdictions agree that ancillary proceedings are governed by the bankruptcy law of the State where these proceedings are opened (128).

In order to treat all creditors equally most countries do not restrict the participating creditors to a certain category. Exceptions are known. Switzerland, e.g., admits to Swiss ancillary proceedings all secured creditors and all privileged creditors if they are domiciled in Switzerland (129). Therefore children living in the United States take no part in Swiss ancillary proceedings and cannot claim the preferences under Article 219 First Class (b) Swiss Execution and Bankruptcy Code. They have to take part in the primary proceedings.

Another problem pertains to the time at which a claim has to be arisen in order to qualify as a claim which may take part in the liquidation of the ancillary estate. The general rule reco-

---

(128) This is even provided in international conventions for secondary proceedings: Council of Europe Convention 1990 Art. 19; EC Draft Convention 1994 Art. 21 (1). The IBA Model Act 1988 section 4 (a) encourages to apply the substantive law of the primary proceedings.

(129) Swiss P.I.L. Statute Art. 172 (1).

gnized al-most everywhere is as follows: A claim has normally to be established before the commencement of bankruptcy proceedings (130). In ancillary proceedings the question has to be answered: Which commencement is relevant: that of the *concursum principalis* or of the *concursum ancillaris*? For the ancillary bankruptcy proceedings this question is easily answered because most of these proceedings are administered under the *lex fori concursus ancillaris* and the time limitations of this law are decisive (131).

But what about the participation in the domiciliary bankruptcy proceedings? May a creditor take part in the main proceedings if his claim arose after the opening of the main proceedings but before the ancillary proceedings commenced? This is a question to be answered by the *lex fori concursus principalis*. The Council of Europe Convention of 1990 restricts the participation of such a creditor to the assets of the ancillary proceedings transferred to the administrator of the primary proceedings (132). This seems to be a fair solution.

(10) *Avoidance*.— Whether transactions of the bankrupt may be avoided, is a matter to be decided under the *lex fori concursus*; but which one: the *lex fori concursus principalis* or *ancillaris*? Some jurisdictions expressly fix the law governing avoidance and provide that the authorities of the forum of ancillary proceedings apply their *lex fori concursus ancillaris* (133). Other ancillary jurisdictions apply local avoidance rules simply as part of the *lex fori*.

This, however, does not preclude the administration of the

---

(130) German Bankruptcy Act § 3 (1); Japanese Bankruptcy Law Art. 15.

(131) Cp., e.g., Swiss P.I.L. Statute Art. 170 (2).

(132) Council of Europe Convention 1990 Art. 23 (2).

(133) Swiss P.I.L. Statute Art. 171. The same is true under the Council of Europe Convention 1990 Art. 19 and the EC Draft Convention 1994 Art. 21 which for all matters of the secondary proceedings refer to the *lex fori concursus ancillaris*.

domiciliary proceedings to apply for these proceedings the avoidance rules of the domiciliary proceedings. Very often there are time limits for avoidable transaction in the past. Because the domiciliary proceedings are normally opened before the commencement of the ancillary proceedings there may be more transactions to be avoided under the *lex fori concursus principalis* than those subject to avoidance under the *lex fori concursus ancillaris*. The general rule therefore seems to be: Each bankruptcy forum applies its own avoidance rules and is not bound by foreign rules to applied abroad only.

(11) *Transfer of Surplus*.— The subsidiary nature of ancillary bankruptcy proceedings is clearly shown by the destiny of a surplus which remains after the assets subject to ancillary proceedings have been distributed to creditors in the ancillary proceedings. Such a transfer is often provided expressly (134) and sometimes is implicitly held as the logical consequence of ancillary proceedings (135).

Special problems arise if not all creditors are allowed to take part in the ancillary proceedings. In such situations the surplus may be withheld if the non-participating creditors will not be treated properly in the primary proceedings. In this case the surplus will be distributed to local creditors who were not permitted to take part in the normal ancillary proceedings (136).

d) *Attitude of Primary Proceedings towards Secondary Ancillary Proceedings*.— In many cases the administrator of the primary

---

(134) Council of Europe Convention 1990 Art. 22; EC Draft Convention 1994 Art. 28; IBA Model Act 1988 section 2 (a)(i); Swiss P.I.L. Statute Art. 173 (1).

(135) This is especially true for those States which recognize the authority of administrators of foreign primary proceedings to collect assets located outside the State of the *forum concursus principalis* (*supra* nos. 57-70).

(136) Swiss P.I.L. Statute Art. 174.

proceedings cannot collect assets located abroad without the assistance of foreign authorities. If such an assistance has been granted and some assets (the entire assets located abroad or only a surplus: cp. *supra* no. 104) have been transferred, the problem arises whether the primary administrator and the other authorities of the primary proceedings are bound by any decision rendered in the ancillary insolvency proceedings?

(1) *Equal Treatment of Creditors*.— If a creditor who took part in the ancillary proceedings also joins the primary proceedings, he will not receive anything from the estate to be distributed in the primary proceedings before all other creditors of the same class have received a share equal to his share (*supra* no. 38).

Whether the creditor of the ancillary proceedings has to pay his share of these proceedings into the estate of the primary proceedings, is a question of international recognition of foreign bankruptcy decrees. If a foreign decree distributing the ancillary estate to certain creditors has to be recognized and has a *res iudicata* effect, then the creditor cannot be sued abroad to repay the dividend he got (*supra* no. 38).

There are almost no fixed rules and only a few reported cases on this problem. The correct solution should be as follows: If the State of primary proceedings got also rules on ancillary proceedings, it should recognize foreign ancillary jurisdiction to the same extent and recognize decisions rendered abroad in ancillary proceedings unless such decisions violate public policy (137). Public policy may be violated if creditors of the same class not treated equally in ancillary proceedings, if, e.g., employees of a local employer could only participate if they were domiciled in the State of employment, and not those domiciled across State borders in another State from which they

---

(137) Cp. the American-Canadian-German case mentioned *supra* no. 37.

commute every day (138).

Whether a refusal to recognize foreign decisions rendered in ancillary proceedings is very effective, seems to be doubtful. In the example just mentioned those creditors who could take part because of their domicile in the State of ancillary jurisdiction were not subject to jurisdiction of the primary proceedings. In case, however, such creditors take part in the primary proceedings with their claims with which they could not join the ancillary proceedings (with salary claims due since more than six month before the opening of ancillary proceedings), they accept jurisdiction of the primary proceedings and – without refusing to recognize the foreign distribution of local assets – an equal treatment of all employees can be accomplished by preference of those employees who could not take part in the ancillary proceedings at all (139).

(2) *Adjustment Based on the Rules for Primary Proceedings.*—The creditors who took part in the ancillary proceedings may have received a more favourable treatment under the *lex fori concursus ancillaris* than they deserve under the *lex fori concursus principalis*.

Here again the general rule set out *supra* no. 108 should apply: The normal ancillary jurisdiction and decisions rendered according to the *lex fori concursus ancillaris* should be recognized. This, however, does not preclude the authorities of the primary proceedings to apply their *lex fori concursus principalis* and achieve equal treatment of creditors insofar as creditors of the ancillary proceedings have to postpone their additional claims

---

(138) Such a situation exists in Switzerland: Swiss P.L.L. Statute Art. 172 (1)(b) in connection with Swiss Execution and Bankruptcy Act Art. 219 First class lit. a.

(139) German Draft § 383 (2); 11 U.S.C. § 508.

until all creditors within the same class got the same share out of the primary estate (*supra* no. 39).

Such an adjustment, however, cannot be achieved if creditors took part in the ancillary proceedings because their claim had arisen before the opening of those proceedings but after the commencement of the primary proceedings. In such a situation the ancillary proceedings will be recognized as far as the local assets are concerned, but those creditors cannot take part in the primary proceedings because their claim arose too late. This is the consequence that both proceedings are governed by their *lex fori* respectively.

(3) *Estate and Avoidance*.— The estate subject to primary insolvency proceedings is determined according to the *lex fori concursus principalis*. This, however, does not preclude that the surplus transferred from ancillary proceedings also originates from assets qualifying as such under the ancillary proceedings but not under the – normally earlier commenced – primary proceedings.

Also different rules of avoidance apply in primary and ancillary proceedings (*supra* nos. 46 and 102). This dichotomy cannot be avoided.

e) *Intermediate Summary*.— It seems to be unavoidable that there will be parallel primary and secondary bankruptcy proceedings. Such proceedings may create problems but less than expected. As soon as the *forum concursus principalis* recognizes the secondary proceedings and when the *forum concursus ancillaris* behaves as a court ancillary to the primary proceedings, the two proceedings almost get along in harmony and complement each other without being formally coordinated or harmonized.



## 2. *Collateral Insolvency Proceedings.*

a) *Scenarios 3a and 3b.*— Not all non-domiciliary insolvency proceedings are ancillary to recognized primary insolvency proceedings without qualifying themselves as primary proceedings affecting the entire estate of the bankrupt. Such a situation may arise in two different circumstances: First, the locally limited proceedings affecting local business activities of a debtor domiciled abroad (a sort of isolated proceedings) although domiciliary insolvency proceedings have been opened abroad and are not recognized in the collateral proceedings (scenario 3<sup>o</sup>), and second, isolated insolvency proceedings without any primary proceedings opened anywhere (scenario 3b). Because these situations create the same problems, they shall be treated together.

b) *Common Problems.*— Almost every country provides for insolvency proceedings covering local assets or local business activities of a debtor domiciled abroad. Such proceedings are restricted to local assets, do not depend on any primary insolvency proceedings and are administered as if they were the only insolvency proceedings. The *lex fori concursus* applies and no cooperation with foreign countries is asked for. Most of the problems already discussed *supra* at B I (nos. 13 *et seq.*) may arise also in such a scenario.

If, however, some creditors want to take part in any primary proceedings opened before or after the collateral proceedings they should be treated as if they had taken part in ancillary proceedings (*supra* nos. 106–114).

## 3. *Competing Primary Proceedings.*

a) *Scenario 4.*— It happens frequently that in more than one country domiciliary insolvency proceedings have been commenced: Insolvency proceedings at the seat of a company and insolvency proceedings at the company's principal place of business.

This is a consequence that of the fact that jurisdiction for primary insolvency jurisdiction is not decided everywhere according to the same rules (*supra* nos. 14–19).

b) *Relation between these Proceedings.*— As each of these proceedings pretend to be the only primary ones, they are administered as such and treat any competing proceedings as collateral ones. It has been proposed that any insolvency proceedings opened after the commencement of another one shall be qualified as secondary proceedings (140). Without such a rule both *fora concursus* do not cooperate, they rather compete to get hold of assets located in third countries.

c) *Third State and Competing Primary Proceedings.*— When there are two administrators of foreign primary bankruptcy proceedings and two competing proceedings over the same assets are going on abroad, a third State has to decide which of these administrators may be authorized to sue in local courts or which of these proceedings have to be recognized as primary proceedings for local ancillary proceedings.

The third State has to decide according to its own rules which proceedings qualify as the primary proceedings when trustees in bankruptcy want to bring suits in local courts or when they apply for the opening of ancillary proceedings.

A Swiss court faced this problem when an American company with principal place of business in Germany had opened bankruptcy proceedings at its seat in the United States as well as in Germany and the German trustee in bankruptcy applied to be reco-

---

(140) This is provided in Council of Europe Convention 1990 Art. 28 (1).

gnized in Switzerland (141). The problem could not be solved by Swiss courts because Swiss law fixes the indirect jurisdiction for primary insolvency proceedings at the company's seat of incorporation (142). According to such a rule the German proceedings could not have been recognized. By recognizing the German proceedings the Swiss court extended the indirect jurisdiction for foreign primary proceedings also to the forum at the bankrupt's principal place of business.

The easiest solution for the third State would be to open ancillary proceedings, finishing them according to the *lex fori*, apply for interpleader relief and to put the surplus at the disposal of the competing foreign authorities by depositing the surplus in favour of both of them. Then these competing administrators may find between themselves to whom of them the surplus belongs. There is no problem for the ancillary proceedings if only one of these primary proceedings are recognized. With two competing recognized primary proceedings, however, the local forum has to scrutinize these two foreign proceedings before they go to transfer a surplus to a foreign administrator or to a separate account in favour of two foreign administrators.

d) *Intermediate Summary*.— The scenarios 3 and 4 reflect many situations of international bankruptcy. They create

---

(141) Kassationsgericht Zürich 2 September 1991, *Blätter für Zürcherische Rechtspflege* 90 (1991) No. 45.

(142) Swiss P.L.L. Statute Art. 166 (1), Art. 21 (1) and (2).

problems but such problems have also to be solved in the more coordinated scenario 2 and even in scenario 1. This, however, is small comfort.

## C. CONCLUSIONS

Some conclusions may finally be formulated:

- a) The law of international insolvency should not be mysticized. Many problems of international insolvency are general problems of international transactions and international litigation.
- b) The main problem stems from the fact that certain policies of domestic insolvency law cannot be achieved without a minimum of international coordination. The ideal of *par condicio creditorum* at the distribution of the entire estate of the debtor faces the territorially limited power of every State.
- c) States and their present legal conditions are not yet prepared to agree (formally or informally) on unitary insolvency proceedings with universal effect and solutions.
- d) National law does not enforce foreign claims of public law and is reluctant to recognize foreign insolvency privileges which differ from domestic ones. So long as such a situation does not change, parallel insolvency proceedings will continue to exist.
- e) Such parallel insolvency proceedings should be coordinated, either informally or formally by international conventions.
- f) This coordination should be flexible in order to achieve as far as possible the ideals of substantive law of insolvency.
- g) Such a flexibility implies that primary jurisdiction should be handled carefully and foreign decisions should be recognized.
- h) The application of the respective *lex fori concursus* does not hurt as long as such an application is restricted to assets subject to primary or ancillary proceedings.

- i) Catchwords as "territoriality", "extraterritoriality", "universality" should be avoided. Problems are too complicated as to be solved by simple catchwords which bear different meanings in different legal systems and even in different fact situations.
- j) These genuine complicated problems of international insolvency have to be distinguished from artificial problems caused by questionable solutions of the genuine problems.
- k) That the genuine problems of international insolvency can be solved, has been demonstrated in several jurisdictions.







# UNIVERSITÀ DI CATANIA

PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

---

1. A. CONIGLIO, *Osservazioni al progetto preliminare del codice di procedura civile* (esaurito).
2. C. SANFILIPPO, *Pauli Decretorum Libri Tres* (1938), (esaurito).
3. G. GRASSETTI, R. NICOLÒ, M. PETRONCELLI, *Osservazioni e proposte sul progetto del secondo libro del codice civile* (1938), p. 137.
4. M. SCARLATA FAZIO, *La successione codicillare* (1939), p. 220.
5. M. GIORGIANNI, *Il negozio d'accertamento* (1939), (esaurito).
6. M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, I. (1940), (esaurito).
7. A. ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il sostituto di debito*, II. (1941), p. XII,336.
8. M. GIORGIANNI, *La dichiarazione di morte presunta* (1943), (esaurito).
9. C. SANFILIPPO, *Condictio indebiti. I. Il fondamento dell'obbligazione da indebitum* (1943), p. 98.
10. C. CARISTIA, *Pietro Giannone "giureconsulto" e "politico". Contributo alla storia del giurisdizionalismo italiano* (1947), p. 148.
11. C. COSENTINI, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, I. (1948), p. XII,274.
12. C. SANFILIPPO, *Bibliografia romanistica italiana [1939-1949]* (1949), p. 102.
13. G. CATALANO, *Le ultime vicende della Legazia apostolica in Sicilia. Dalla controversia Iparitana alla legge delle guarentigie [1711-1871]* (1950), p. X,234.
14. C. COSENTINI, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, II. (1950), p. 200.
15. S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, I. (1952), p. IX,264.
16. S. DI PAOLA, *Confessio in iure*, I. (1952), p. IV,106.
17. C. COSENTINI, *Condictio impossibilis*, (1952), p. VIII,208.
18. G. OLIVERO, *«Dissimulatio» e «tolerantia» nell'ordinamento canonico* (1953), p. 208.
19. C. CARISTIA, *Scritti giuridici, storici e politici. I. Scritti giuridici* (1953), p. VIII,496.
20. F. LA ROSA, *I peculi speciali in diritto romano* (1953), p. 248.
21. A. PAVONE, *Il registro delle imprese* (1954), p. XII,664.
22. S. DI PAOLA, *Saggi in materia di "hereditas petitiio"* (1954), p. VIII,124.
23. C. CARISTIA, *Scritti giuridici, storici e politici. II. Scritti storici e politici* (1955), p. VIII,536.
24. S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa* (1956), p. IV,416.

25. C. COSENTINI, *Miscellanea romanistica* (1956), p. IX,265.
26. E. GRASSO, *L'espropriazione della quota* (1957), p. XXIV,368.
27. C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio* (1957), p. VIII,360.
28. F. LEONARDI, *Introduzione allo studio del comportamento sociale* (1958), (esaurito).
29. F. DURANTE, *Ricorsi individuali ad organi internazionali* (1958), p. VIII,176.
30. F. FINOCCHIARO, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso* (1958), p. VIII,328.
31. C. SAPIENZA, *Conversione e consecuzione dei procedimenti concorsuali* (1958), p. VII,224.
32. D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti* (1959), p. IV,248.
33. S. PULEO, *I diritti potestativi (individuazione della fattispecie)* (1959), p. IV,244.
34. R. PROVINCIALI, *Norme di diritto processuale nella costituzione* (1959), p. VIII,204.
35. F. LA ROSA, *Studi sull'«actio indicatio»* (1960), p. IV,216.
36. M. CONDORELLI, *I fondamenti giuridici della tolleranza religiosa nell'elaborazione canonistica dei secoli XII-XIV. Contributo storico-dogmatico* (1960), p. IV,172.
37. S. CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici* (1962), p. IV,203.
38. G. NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i «potestati subiecti»* (1960), p. XVI-496.
39. E. GIARDINA, *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva* (1961), p. VIII 480.
40. C. LAZZARA, *Il contratto di locazione* (1961), p. VIII 260.
41. P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico* (1962), p. IV-244.
42. I. ANDOLINA, *Profili dogmatici della esecuzione forzata espropriativa, I.* (1962), p. IV,428.
43. V. PIANO MORTARI, *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale* (1962), p. VIII,232.
44. F. DURANTE, *L'ordinamento interno delle Nazioni Unite* (1964), p. XLIV,448.
45. V. FROSINI, *La struttura del diritto*, sesta ed. (1977), p. XII,280.
46. F. LA ROSA, *L'«actio indicatio» nel diritto romano classico* (1963), p. IV,228.
47. C.M. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento* (1963), p. VI,330.
48. F. FINOCCHIARO, *La «laicità» dello Stato in Francia* (1963), p. VIII,146.
49. V. FROSINI, *La ragione dello Stato* (1963), p. VIII,184.
50. E. GRASSO, *La pronuncia di ufficio. I. La pronuncia di merito* (1967), p. VIII,348.
51. M. CONDORELLI, *Destinazione di patrimoni e soggettività giuridica nel diritto canonico. Contributo allo studio degli enti non personificati* (1964), p. VIII,192.
52. N. SALANITRO, *L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni* (1965), p. IV,264.

53. *Studi in onore di Gaetano Zingali* (1965), 3 Voll.:  
Vol. I. *Economia finanza e statistica*, p. XVI,672;  
Vol. II. *Diritto pubblico*, p. IV,656;  
Vol. III. *Diritto privato e storia del diritto*, p. IV,664.
54. G. NICOSLA, *Studi sulla adeiection*, I. (1965), p. 184.
55. P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici* (1969), p. IV,300.
56. A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale* (1971), p. IV,236.
57. A. VITALE, *La dichiarazione del fallimento* (1967), p. VIII,248.
58. N. PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano* (1968), p. XII,256.
59. N. SALANITRO, *Gli acquisti del coniuge del fallito* (1969), p. XII,292.
60. S. LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali* (1968), p. IV,352.
61. O. CONDORELLI, *Scritti sul diritto e sullo Stato* (1970), p. XXXVI,576.
62. I. ANDOLINA, *Introduzione alla teoria del titolo esecutivo. Fondamento e limiti del principio "non est inchoandum ab exsecutione"* (1968), p. IV,176.
63. P. PETINO, *Rapporto di amministrazione e rapporto di lavoro subordinato* (1968), p. 308
64. C. LAZZARA, *I rapporti agrari consuetudinari in Sicilia nell'attuale momento legislativo* (1969), p. IV,200.
65. G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo* (1969), p. VIII,272.
66. A. LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici» e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti* (1969), p. VIII,456.
67. *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole. Tavola rotonda presso l'Istituto di Diritto Privato* (1970), p. IV,252.
68. V. FROSINI, *Teoremi e problemi di scienza giuridica, ristampa inalterata* (1975), p. VIII,284.
69. A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale, ristampa inalterata* (1974), p. XII,370.
70. N. SALANITRO, *Il fallimento dell'imprenditore defunto* (1974), p. XII,164.
71. L. ARCDIACONO, *Organizzazione pluralistica e strumenti di collegamento* (1974), p. IV,168.
72. S.E. BATTIATO, *La tassazione dei trasferimenti della ricchezza a titolo gratuito* (1974), p. IV,416
73. G. LO CASTRO, *Personalità morale e soggettività giuridica nel diritto canonico* (1974), p. IV,252
74. N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C.* (1974), p. XII,292.
75. *Studi in memoria di Orazio Condorelli* (1974), 3 Voll.:  
Vol. I. p. VIII,464.  
Vol. II. p. IV,465-926.  
Vol. III. p. IV,927-1408.

76. P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella Società per azioni* (1975), p. IV,220.
77. A. VITALE, *I debiti della massa nel fallimento* (1975), p. 204.
78. G. ZICCONI, *Le cause «sopravvenute» di non punibilità* (1975), p. 148.
79. E. SCIACCA, *Le radici teoriche dell'assolutismo nel pensiero politico francese del primo cinquecento (1498-1519)* (1975), p. VIII,184.
80. V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione* (1976), p. IV,284.
81. V. GUELI, *Scritti vari* (1976), 2 Voll.:  
Tomo I. p. VIII,752.  
Tomo II. p. IV,753-1376.
82. S. SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa* (1977), p. 292.
83. T.A. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità* (1978), p. IV,228.
84. F. D'AGOSTINO, *Per un'archeologia del diritto* (1979), p. VIII,164.
85. V. CATALDO, *L'imitazione servile* (1979), p. IV,228.
86. A. BELFIORE, *Interpretazione e dogmatica nella teoria dei diritti reali* (1979), p. IV,620.
87. G. BIVONA, *I contratti d'integrazione verticale in agricoltura* (1979), p. IV,138.
88. M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico* (1980), p. IV,248.
89. L. ARCIDIACONO, *Profili di riforma dell'amministrazione statale* (1980), p. IV,288.
90. G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione* (1980), p. IV,132.
91. M. PARADISO, *Il danno alla persona* (1981), p. IV,320.
92. A. D'ATENA, *Le Regioni e la Comunità Economica Europea* (1981), p. IV,136.
93. E. ZAPPALÀ, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale* (1982), p. VIII,288.
94. F. D'AGOSTINO, *Diritto e secolarizzazione (Pagine di Filosofia giuridica e politica)* (1982), p. XII,324.
95. I. ANDOLINA, *Contributo alla dottrina del titolo esecutivo* (1982), p. IV,140.
96. *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* (1982) 7 Voll.:  
Vol. I. p. XII,768.  
Vol. II. p. IV,780.  
Vol. III. p. IV,784.  
Vol. IV. p. IV,800.  
Vol. V. p. IV,804.  
Vol. VI. p. IV,788.  
Vol. VII. p. IV,812.
97. M. TEDESCHI - G. CATALANO - P. BELLINI - P. LOMBARDA - E. G. VITALI - M. CONDORELLI - F. FINOCCHIARO - L. DE LUCA, *Storia e dogmatica nella scienza del diritto ecclesiastico* (1982), p. IV,212.

98. R. VIGO, *Libertà e divieti nella circolazione delle notizie bancarie* (1983), p. IV,212.
99. R. MACCARRONE, *Profili sistematici dell'effetto espansivo esterno della sentenza di riforma* (1983), p. IV,216.
100. F. D'AGOSTINO, *BLA Violenza e giustizia nella filosofia e nella letteratura della Grecia Antica* (1983), p. XII,132.
101. S. PETTINATO, «Sollicitudo pro universa ecclesia» (1983), p. VIII,180.
102. T.A. AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare* (1984), p. VIII,228.
103. C. COSTA, *Il rappresentante comune degli azionisti di risparmio* (1984), p. VIII-140.
104. M. PARADISO, *La comunità familiare* (1984), p. VIII,444.
105. L. VENTURA, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro* (1984), p. IV,392.
106. S. AMATO, *Sessualità e corporeità I limiti dell'identificazione giuridica* (1985), p. VIII,226.
107. E.V. NAPOLI, *L'inabilitazione* (1985), p. XII,208.
108. E. ZAPPALÀ, *L'impugnazione "tardiva" della sentenza penale nella pratica giurisprudenziale* (1985), p. 184.
109. I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico* (1987), ristampa emendata, p. VIII,300.
110. S. MANGIAMELLI, *La proprietà privata nella Costituzione* (1986), p. IV,196.
111. B. CARUSO, *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, I, (1986), p. IV-232.
112. S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato* (1987), p. VIII 448.
113. *L'indirizzo fenomenologico e strutturale nella filosofia del diritto italiana più recente a cura di FRANCESCO D'AGOSTINO* (1988), p. VIII,236.
114. A. RUGGERI, *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la Corte Costituzionale e il legislatore* (1988), p. VIII,300.
115. *Studi in memoria di Mario Condorelli* (1988) 4 Voll.:  
 Vol. I. tomo 1, p. XII,620.  
 Vol. I. tomo 2, p. IV,668.  
 Vol. II. p. VIII,578.  
 Vol. III. p. VIII,420.
116. S. FERLITO, *L'attività internazionale della Santa Sede* (1988), p. IV,204.
117. *Scritti in onore di Giuseppe Auletta* (1988) 3 Voll.:  
 Vol. I. p. XVI,688.  
 Vol. II. p. IV,744  
 Vol. III. p. IV,708.
118. C. ROMEO, *Impresa assistita e diritto del lavoro* (1988), p. IV,244.
119. F. MUSUMECI, *Inaedificatio* (1988), p. IV,240.
120. E. ZAPPALÀ, *La ricusazione del giudice penale* (1989), p. 168.
121. S. ALEO, *Il disvalore e le forme generali della responsabilità penale. Prospettive di teoria e riforma del diritto penale* (1989), p. 228.

122. P. PETINO, *Composizione delle liti e ruolo del sindacato* (1989), p. 372.
123. T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale* (1990), p. 380.
124. A. RUGGERI, *Le crisi di governo tra ridefinizione delle regole e rifondazione della politica* (1990), p. 224.
125. C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale* (1990), p. 761.
126. R. SAPIENZA, *Il principio del non intervento negli affari interni* (1990), p. 172.
127. *Stadi in onore di Cesare Sanfilippo* (1991), Vol. VIII, p. VIII,187.
128. A. CARIOLA, *La nozione costituzionale di pubblico impiego* (1991), p. 280.
129. R. PENNISI, *La convalida del marchio* (1991), p. 204.
130. G. MELIADÒ, *Il rapporto di lavoro nei gruppi di società. Subordinazione e imprese a struttura complessa* (1991), p. 202.
131. A. C. AMATO MANGIAMELI, *La fondazione delle norme tra decisionismo e cognitivismo. Nel dibattito tedesco contemporaneo* (1991), p. 164.
132. V.E. RAGUSA, *Vizi del processo decisorio nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi* (1992), p. VI,278.
133. V. OTTAVIANO, *Scritti giuridici* (1992) 3 Voll.:  
Vol. I. p. 510.  
Vol. II. p. 428.  
Vol. III. p. 504.
134. E. CASTORINA, *Autonomia universitaria e Stato pluralista* (1992), p. 160.
135. S. MUSCARÀ, *Riesame e rinnovazione degli del diritto tributario* (1992), p. 464.
136. A. COSTANZO, *Condizioni di incoerenza. Un'analisi dei discorsi giuridici* (1992), p. XX,248.
137. F. ARCARIA, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed attività normativa del Senato in età Imperiale* (1988), p. 352.
138. M. RICCA, *L'abrogazione delle leggi di derivazione concordataria. Profili costituzionali* (1993), p. VIII,282.
139. A. CARIOLA, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale. Contributo allo studio di potere sovrano nell'ordinamento pluralista* (1994), p. VIII,424.
140. C. PATERNITI, *La causa del fatto-reato* (1994), p. IV,140.
141. B. MONTANARI, *Filosofia del diritto: identità scientifica e didattica, oggi* (1994), p. X,148.
142. I. NICOTRA GUERRERA, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale* (1995), p. VI,228.
143. F. SANTANGELI, *L'interpretazione della sentenza civile* (1996), p. VI,492.
144. M. MELI, *Il principio comunitario "chi inquina paga"* (1996), p. IV,202.
145. T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale* (1996), p. VIII,540.
146. R. SAPIENZA, *Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali* (1996), p. X,292.
147. M. CONDORELLI, *Scritti di storia e di diritto* (1996), p. LXVIII,672.
148. C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presunzione* (1997), p. VI,526.

149. M. CAVALLARO, *Il regime di separazione dei beni fra i coniugi* (1997), p. VI,200.
150. M.R. MAUGERI, *Violazione delle norme contro l'inquinamento ambientale e tutela inibitoria* (1997), p. VI,324.

### *Nuova Serie*

151. G. RAGUSA MAGGIORE, *Scritti giuridici* (1997):  
Vol. I. p. X, 514.  
Vol. II. p. X, 515-1034.  
Vol. III. p. X, 1535-1561.
152. G. MINEO, *Il finanziamento agevolato tra legge e contratto* (1997), p. VI, 264.
153. G. DI ROSA, *Rappresentanza e gestione. Forma giuridica e realtà economica* (1997), p. VI,312.
154. I. NICOTRA GUERRERA, *"Vita" e sistema dei valori nella Costituzione* (1997), p. VI, 234.
155. E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza. Profili ricostruttivi di un diritto* (1997), p. VI, 309.
156. E. GRASSO, *Le leggi, la dottrina e la giurisprudenza su I Processi Civili nell'ultimo cinquantennio* (1998):  
Vol. I. p. XV, 556.  
Vol. II. p. XV, 557-1078.  
Vol. III. p. XV, 1535-1570.
157. *Trans-National Aspects of Procedural Law*, X World Congress on Procedural Law a cura di Italo ANDOLINA - Taormina 17-23 settembre 1995 (1998):  
Vol. I. p. X, 484.  
Vol. II. p. X, 485-846.  
Vol. III. p. X, 845-1247.









Italo Andolina (Augusta, 1953).

Ordinario di Diritto processuale civile,  
tiene il relativo insegnamento presso la  
Facoltà di Giurisprudenza  
dell'Università di Catania dal 1968.

Autore di numerosi studi a carattere  
saggistico e monografici in materia  
processual-civilistica, riguardanti in più diversi  
ambiti della disciplina (dal processo esecutivo  
e fallimentare a quello cognitivo e cautelare),  
ha recentemente approfondito le tematiche  
concernenti - da un lato - le garanzie  
costituzionali del processo civile italiano  
(con il volume *I fondamenti costituzionali  
della giustizia civile. Il modello costituzionale  
del processo civile italiano*, Torino, 1997) e  
- dall'altro - la cooperazione giudiziaria  
civilistica internazionale.

Membro del Consiglio direttivo della  
*International Association of Procedural Law*,  
intrattiene intensi rapporti di collaborazione  
scientifica con autorevoli studiosi del  
processo dell'area europea e latino-americana.