

OFFICE OF DEMOCRACY AND GOVERNANCE

(Office de la démocratie et de la gouvernance)

« ...promotion de la transition vers des régimes démocratiques et leur consolidation de part le monde. »

CONSEILS POUR PROMOUVOIR L'INDÉPENDANCE ET L'IMPARTIALITÉ JUDICIAIRES



Mai 2003

Série des publications techniques

Office of Democracy and Governance
Bureau for Democracy, Conflict, and Humanitarian Assistance
U.S. Agency for International Development
Washington, DC 20523-3100

**POUR COMMANDER UN DOCUMENT AUPRÈS DU DEVELOPMENT EXPERIENCE
CLEARINGHOUSE:**

- Veuillez fournir le titre du document et son numéro d'identification (qui apparaît sous le titre du document sur cette page et sur la page de couverture de cette publication)
- Les employés de l'USAID, les contractants de l'USAID à l'étranger et les organisations parrainées par l'USAID à l'étranger peuvent commander ces documents gratuitement.
- Les universités, les centres de recherche, les agences gouvernementales et les autres institutions situées dans les pays en développement peuvent commander jusqu'à cinq références gratuitement.
- Toutes les autres institutions et les personnes individuelles peuvent acheter ces documents. Ne pas envoyer de paiement. Les frais de reproduction et de port seront, le cas échéant, facturés.

Commandes par télécopie au (703) 351-4039 Att. USAID Development Experience Clearinghouse (DEC) et commandes par courrier électronique auprès de docorder@dec.cdie.org

À PROPOS DES PUBLICATIONS TECHNIQUES

Les publications techniques de l'Office de la démocratie et de la gouvernance de l'USAID ont débuté en mars 1998. Ces publications sont principalement destinées au personnel de l'USAID ; toutefois, toute personne intéressée par ce secteur peut bénéficier de ces publications. Les auteurs des différentes publications peuvent être des responsables de l'USAID et/ou d'autres personnes des secteurs public et privé. L'Office de la démocratie et de la gouvernance se réserve le droit de réviser et d'éditer le contenu et le format de toutes les publications qui sont sujettes à la procédure de révision générale de l'USAID. Ces publications sont destinées en partie à indiquer les meilleures pratiques, les enseignements tirés et les principes directeurs à l'intention des spécialistes. Elles comprennent également des publications destinées à favoriser débats et discussions.

La liste des autres publications pertinentes et tous renseignements sur la façon de commander figurent au dos du présent document.

À PROPOS DE LA PRÉSENTE PUBLICATION

L'indépendance judiciaire est au cœur d'un pouvoir judiciaire fonctionnant correctement et est la pierre angulaire d'une société démocratique axée sur les forces du marché et fondée sur l'état de droit. En l'examinant, la présente étude vise trois objectifs : (1) tester la validité de nos approches actuelles en matière de programmes d'indépendance judiciaire ; (2) rassembler les experts en la matière pour qu'ils s'attachent aux problèmes les plus intransigeants concernant l'amélioration de l'indépendance judiciaire ; et (3) produire un document qui puisse servir de guide à nos responsables locaux.

Veillez adresser tous commentaires concernant la présente publication et toutes questions concernant l'indépendance et l'impartialité judiciaires à :

Michael Miklaucic, Chef de groupe suppléant
Rule of Law Team [Groupe de l'état de droit]
Téléphone : (202) 712-1982
Télécopieur : (202) 216-3231
mmiklaucic@usaid.gov

Office of Democracy and Governance
Bureau for Democracy, Conflict, and Humanitarian Assistance
U.S. Agency for International Development
Washington, DC 20523-3100

De plus amples informations, y compris les versions électroniques des publications techniques d'Office DG, sont disponibles sur le site Intranet de l'Office DG à <http://inside.usaid.gov/G/DG/> et sur le site Internet démocratie de l'USAID à <http://www.usaid.gov/democracy/>

À PROPOS DE L'OFFICE DG

L'Office de la démocratie et de la gouvernance est le point central de l'Agence américaine pour le développement international pour tous programmes concernant la démocratie et la gouvernance. Le rôle de l'Office DG est de donner aux spécialistes de l'USAID et aux autres spécialistes du développement les connaissances techniques et intellectuelles nécessaires pour soutenir un développement démocratique. Il offre ces connaissances spécialisées dans les domaines suivants :

- **État de droit**
- **Élections et processus politique**
- **Société civile**
- **Gouvernance**

REMERCIEMENTS

Gail Lecce

Gail est sous-directeur adjoint de l'Office DG. Elle a un B.A. de littérature anglaise de Pennsylvania State University et un J.D. de Harvard Law School. Gail a travaillé pour un cabinet d'avocats à Hawaï avant d'entrer à l'USAID en 1979 au Bureau de l'avocat général. Sa carrière au sein de l'USAID s'est partagée entre des postes d'avocat général et de responsable démocratie. On compte parmi ses nominations celles de conseillère juridique régionale pour l'Amérique centrale (poste basé au Costa Rica), avocat général adjoint pour les contrats et chef des offices démocratie au Salvador et au Honduras. Gail a géré le projet d'indépendance judiciaire pour l'Office DG, elle a notamment été l'auteur de certaines parties dudit rapport et a révisé les documents techniques et les études de cas.

International Foundation for Election Systems [Fondation Internationale pour les Systèmes Électoraux]

The International Foundation for Election Systems (IFES) offre des conseils professionnels et de l'assistance technique en matière de promotion de la démocratie et sert de carrefour d'information sur le développement démocratique. L'IFES se consacre à la réussite de la démocratie dans le monde entier et à la possibilité pour toute personne dans toute partie du monde d'avoir le droit à la parole, de façon gratuite et informée, sur la manière dont elle est gouvernée. L'IFES reconnaît que la gouvernance démocratique est un processus dynamique en évolution, créé par les gens qu'elle sert et répondant à leurs besoins. L'IFES a œuvré dans plus de 100 pays, apportant ses connaissances spécialisées dans les domaines suivants : élections, état de droit, gouvernance et société civile. L'IFES a été le maître d'œuvre de la présente étude sur l'indépendance judiciaire.

Sandra Coliver

Sandy, ancienne conseillère principale de l'IFES en matière d'état de droit (1999-mars 2001), a coordonné le projet d'indépendance judiciaire et a géré ou participé à des programmes d'état de droit de par le monde. Elle a travaillé en Bosnie (1996-1998) avec les Nations Unies, l'OSCE et l'International Crisis Group [Groupe international de crise]. Elle a dirigé pendant cinq ans le programme juridique de l'Article 19, l'International Centre Against Censorship [Centre international contre la censure], qui a son siège à Londres. Elle a pratiqué le droit à San Francisco et a enseigné le droit international et les droits de l'homme à Boalt Hall (U.C. Berkeley) et au Washington College of Law. Elle est actuellement directeur exécutif du Center for Justice and Accountability [Centre pour la justice et la responsabilité], ONG qui se charge de mettre en cause la responsabilité des auteurs de délits des droits de l'homme.

Keith E. Henderson

Keith est actuellement conseiller principal en matière d'état de droit et chargé de recherche pour l'IFES. Il enseigne un cours intitulé « Corruption mondiale et état de droit d'un point de vue technologique » au Washington College of Law de l'American University. De 1993 à 1998, Keith a été conseiller principal en matière d'état de droit et de politique anti-corruption à l'USAID et a lancé l'Initiative de l'état de droit de Clinton/Eltsine de 50 millions de dollars dans les pays de l'ancienne Union Soviétique. Keith a examiné et commenté les différentes versions du présent document, en se concentrant principalement sur les questions de société civile, de corruption et d'application de la loi et a continué de conseiller les participants au projet une fois qu'il a rejoint l'IFES en mai 2001.

Auteurs des études pays et régionales et des documents de conception

Louis Aucoin

Louis est professeur de droit comparé à la Boston University Law School. Il a travaillé sur des programmes d'état de droit en Haïti, en Indonésie, au Cambodge, au Tchad, à Madagascar et au Timor Oriental et est l'auteur d'un guide commenté sur la constitution française.

William E. Davis

Bill est directeur et fondateur de DPK Consulting. Il a, ces 24 dernières années, travaillé dans l'administration judiciaire aux niveaux international, fédéral et étatique. Il a travaillé en tant que consultant auprès de l'USAID, de la Banque mondiale et de la Banque interaméricaine de développement, notamment sur des projets en Argentine, au Chili, en Colombie, au Costa Rica, en Équateur, au Guatemala, au Honduras, au Nicaragua, au Panama, au Pérou, au Salvador, en Uruguay, au Venezuela, au Kosovo, au Pakistan et en Cisjordanie/Gaza. Bill était avant cela directeur de l'Office administratif des tribunaux et secrétaire du Conseil judiciaire et de la Commission sur les nominations judiciaires pour l'état de Californie ; cadre de la circonscription judiciaire des tribunaux fédéraux dans les neuf états de l'Ouest et les Territoires du Pacifique ; et directeur de l'Office administratif des tribunaux du Kentucky.

Giuseppe Di Federico

Giuseppe est professeur de droit titulaire de l'Université de Bologne ; directeur fondateur du Centre de recherche pour les études judiciaires de l'Université de Bologne (depuis 1981) ; directeur fondateur de l'Institut de recherche sur les systèmes judiciaires du Conseil national italien de la recherche (depuis 1992) ; et premier président du Réseau européen de la recherche (depuis 1999). Il a été consultant expert sur des questions de réforme judiciaire auprès de nombreuses organisations, notamment la Banque mondiale (Argentine) et le Programme des Nations Unies pour le développement (Vietnam) ainsi que pour divers anciens pays communistes d'Europe de l'Est. Il collabore régulièrement avec l'École nationale de la magistrature (Bordeaux) et l'Institut des hautes études sur la justice (Paris) à la planification de séminaires pour les magistrats du siège et du parquet et les chercheurs européens.

Stephen Golub

Stephen est consultant en droit international et maître de conférences en droit et politique du développement international à la Boalt Hall School of Law, Université de Californie à Berkeley. Il a récemment dirigé l'examen par la Fondation Ford de tous ses programmes dans le monde entier et s'est occupé de programmes d'état de droit pendant 15 ans, dont 6 ans basés en Asie.

Mira Gur-Arie

Mira est avocat principal en enseignement judiciaire pour Inter-judicial Affairs, Federal Judicial Center [Affaires inter-judiciaires, Centre judiciaire fédéral], agence d'éducation et de recherche pour la magistrature fédérale américaine.

Linn Hammergren

Linn est spécialiste principale en gestion du secteur public au sein du Département régional Amérique latine de la Banque mondiale, où elle travaille dans les domaines de la réforme judiciaire et des stratégies anti-corruption. Elle avait avant cela géré pendant 12 ans des projets d'administration de la justice pour l'USAID.

Erik Jensen

Erik est directeur de la recherche et agrégé supérieur de recherche du Programme de droit commercial transnational à la Stanford Law School. Il a travaillé pendant 15 ans pour The Asia Foundation [La Fondation pour l'Asie], notamment en tant que directeur des bureaux locaux et continue d'être son conseiller juridique.

Margaret Popkin

Margaret est directeur exécutif de la Due Process of Law Foundation, créée en 1999 pour promouvoir la réforme des systèmes judiciaires nationaux dans l'hémisphère occidental. Elle a travaillé sur l'état de droit et des questions de justice dans divers pays d'Amérique latine et est une commentatrice reconnue sur les questions relatives au secteur de la justice. Elle a travaillé au Salvador (1985-93), notamment pour la Commission de vérité des Nations Unies et pour le PNUD.

Edwin Rekosh

Ed est directeur du Public Interest Law Initiative in Transitional Societies [Initiative de droit d'intérêt public dans les sociétés en transition] à Columbia Law School. Lancée en 1997 avec l'appui de la Fondation Ford, cette initiative aide au développement et facilite les contacts entre les communautés de droit d'intérêt public en Europe centrale et de l'Est, en Russie et en Asie Centrale. Ed a travaillé pendant trois ans pour le cabinet d'avocats de New York Coudert Brothers avant de se joindre au International Human Rights Law Group [Groupe juridique international des droits de l'homme] dont il a dirigé le bureau de Bucarest (1992-1995). Il a ensuite, en tant que consultant pour la Fondation Ford et l'Open Society Institute, travaillé sur des projets concernant les droits de l'homme et la réforme du droit en Europe Centrale et de l'Est.

Russell Wheeler

Russell est directeur adjoint du Federal Judicial Center of the United States [Centre judiciaire fédéral des États-Unis] qui offre orientation et formation permanente aux magistrats et au personnel des tribunaux fédéraux, effectue des études sur le fonctionnement des tribunaux et assiste les systèmes judiciaires étrangers.

Jennifer Widner

Jennifer est professeur agrégé de science politique à l'Université du Michigan. Elle est l'auteur de *Building the Rule of Law* [L'édification de l'état de droit] (W.W. Norton, 2000) et d'autres ouvrages sur la politique et le changement politique en Afrique.

L'Office de la démocratie et de la gouvernance [Office DG] de l'USAID et l'IFES offrent encore leurs remerciements complémentaires à Margaret Popkin et à Edwin Rekosh qui ont non seulement écrit des chapitres sur leurs régions de spécialisation (respectivement Amérique Latine et Europe Orientale et Eurasie) mais ont également aidé à identifier les collaborateurs pays et à conceptualiser le projet depuis le tout début de sa création.

L'Office DG souhaite également mentionner les contributions de Louis Aucoin, William Davis, Giuseppe Di Federico, Stephen Golub, Mira Gur-Arie, Linn Hamnergren, Erik Jensen, Russell Wheeler et Jennifer Widner pour avoir non seulement écrit des articles pour ce guide mais pour avoir également offert des conseils continus ainsi que Richard E. Messick, Amb. James Michel, Tom Carothers et John Blackton pour leurs commentaires sur les différentes versions du projet. En outre, Keith Henderson de l'IFES est intervenu pour offrir ses conseils et aider à finaliser ce projet.

Nous tenons à remercier tout spécialement les différents membres de la magistrature américaine pour leurs apports et en particulier Juge Paul A. Magnuson (D. Minn), président du Comité des relations judiciaires internationales de la Conférence judiciaire des États-Unis ; Juge Peter Messitte (D. Md) ; Juge Vicki Miles-LaGrange (W.D. Ok.) ; Juge Bohdan A. Futey, de la U.S. Court of Federal Claims ; Juge Marvin Garbis (D. Md) et Juge Nan Shuker (D.C. Court). Nous aimerions en outre remercier Louise Williams et Karen Hanchett de l'Office administratif des tribunaux des États-Unis.

La participation des personnes suivantes aux tables rondes et aux commentaires sur les différentes versions a aussi été appréciée : John Lobsinger, conseiller stratégique principal en matière de démocratie et de gouvernance, Policy Branch, CIDA ; John Blackton (Le Caire), Amideast ; Jamal Benomar, conseiller juridique PNUD, Office of Emergency Response ; Doug Cassell, vice-président, Justice Studies Center of the Americas et Professeur de droit, Northwestern Law School ; Peter Russel, professeur émérite de science politique et coéditeur de *Judicial Independence in the Age of Democracy* [L'indépendance judiciaire à l'âge de la démocratie] (U.P. Virginia, 2001) ; Joseph N. Onek, ancien coordinateur en chef pour l'état de droit, Département d'État américain ; Joseph Jones, chef des programmes de formation et de développement internationaux, division pénale ; Carl Alexandre, directeur de la division Assistance et formation de l'Office of Overseas Prosecutorial Development et Amy Young, directeur de la Promotion de la démocratie, Office of Democracy, Human Rights and Labor du Département d'État américain.

Au sein de l'USAID, plusieurs personnes méritent d'être mentionnées pour avoir posé des questions d'approfondissement et avoir fourni des commentaires élaborés sur les documents nationaux et régionaux, notamment Aleksandra Braginski, Gerry Donnelly, Patricia Liefert, David Black, Margaret Sarles, Neil Levine, Don Muncy et Jan Stromsen.

PRÉFACE DE L'USAID

L'USAID est impliquée dans la préparation de programmes pour l'état de droit depuis plus de 15 années. La promotion de l'indépendance judiciaire est un objectif explicite d'un grand nombre de ces programmes et, lorsque cet objectif n'est pas explicite, il le deviendra presque inévitablement, à un moment ou un autre. L'indépendance judiciaire est au cœur d'un pouvoir judiciaire qui fonctionne bien et est la pierre angulaire d'une société démocratique, orientée vers le marché et fondée sur l'état de droit.

Au début de l'étude préparatoire à ce guide, nous poursuivions trois objectifs principaux. Premièrement, nous voulions tester la validité de nos approches programmatiques actuelles envers l'indépendance judiciaire. Fonctionnaient-elles ? Devrions-nous mettre plus l'accent sur certaines plutôt que d'autres ? Deuxièmement nous voulions réunir des experts dans le domaine pour aborder les problèmes les plus difficiles en matière de promotion de l'indépendance judiciaire. Selon ma propre expérience, il est relativement simple d'élaborer des programmes qui amélioreraient progressivement l'indépendance du pouvoir judiciaire, mais il est très difficile de surmonter l'opposition à ces réformes, opposition qui par une action habile et politiquement astucieuse peut détruire des années de progrès. Dans de nombreux cas, il était même difficile d'identifier la source exacte de l'opposition. A la suite de tout ce travail et de la sagesse collective que nous avons assemblée, nous espérons pouvoir améliorer notre programmation dans ce domaine.

Le troisième objectif, tout aussi important à nos yeux, était de produire un document qui servirait de guide à nos agents sur le terrain. La réalité pour l'USAID, et pour la plupart des bailleurs de fonds, est que les agents sur le terrain doivent couvrir toute une série de domaines techniques. Ceux qui s'occupent des questions relatives à l'état de droit ne sont probablement pas experts dans tous les aspects du sujet. C'est pourquoi ce guide a été conçu en vue d'aider les agents sur le terrain possédant divers niveaux d'expertise, et de leur fournir une formation de base ainsi que de nouvelles idées à ceux qui ont plus d'expérience.

J'ai le sentiment que nous avons réussi sur les trois fronts. Les informations que nous avons reçues confirment que nos approches programmatiques étaient généralement valables. Bien qu'aucune approche dramatiquement nouvelle ne soit apparue, les contributions de nos experts nationaux nous ont apporté quelques surprises, et certaines approches programmatiques qui auparavant ne semblaient pas aborder le problème de l'indépendance judiciaire ont maintenant été ajoutées au répertoire. Nous n'avons trouvé aucun moyen magique d'approcher l'opposition aux réformes, mais nous avons porté plus d'attention sur ce problème et nous avons affiné nos pensées. Et qui plus est, nous pensons que l'étude a produit un guide utile pour développer les programmes d'indépendance judiciaire d'une manière organisée, consciencieuse et approfondie.

Et en prime nous avons construit des relations tout au long de ce processus. C'était un effort conjoint de l'IFES et de l'USAID, avec la participation de nombreux autres collaborateurs. Je tiens à remercier l'IFES et tout spécialement Sandy Coliver, pour avoir conçu le processus de collaboration qui a été en soi une expérience précieuse et enrichissante et pour les efforts consacrés à ce projet. J'aimerais aussi remercier tous les nombreux collaborateurs. Nous continuerons à compter sur eux pour nous aider non seulement à améliorer les projets d'indépendance judiciaire, mais aussi dans tous nos travaux de programmation de l'état de droit.

Gail Lecce, Directrice adjointe par intérim,
Office de la Démocratie et de la Gouvernance
Bureau pour la Démocratie, les Conflits et l'Aide Humanitaire
Agence des États-Unis pour le Développement International

CONSEILS POUR PROMOUVOIR L'INDÉPENDANCE ET L'IMPARTIALITÉ JUDICIAIRES

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ ANALYTIQUE	1
I. INTRODUCTION	5
A. Objet et portée du guide	5
B. L'importance de l'indépendance et de l'impartialité judiciaires	5
C. Méthodologie	6
D. Agencement du guide	7
II. PROCÉDURES CLÉS ET ARRANGEMENTS INSTITUTIONNELS	9
A. Le renforcement du soutien envers les réformes	9
B. La lutte contre l'ingérence au moyen de la structure institutionnelle	12
C. Le développement de la capacité et des attitudes judiciaires	29
D. L'augmentation de la transparence	36
E. La promotion du respect sociétal pour le rôle d'un pouvoir judiciaire impartial	40
F. La tension entre indépendance et responsabilité	43
G. Où doit-on commencer ?	44
III. ÉTUDES DE RÉGIONS ET DE PAYS	47
A. L'indépendance judiciaire dans les pays africains de droit commun	47
B. Leçons émergentes tirées des efforts de réforme en Europe de l'Est et en Eurasie	59
C. L'indépendance judiciaire en France	81
D. L'indépendance judiciaire en Italie : un tour d'horizon critique dans une perspective comparative (non systématique)	93
E. Efforts pour améliorer l'indépendance judiciaire en Amérique Latine, une perspective comparée	112
F. L'indépendance judiciaire aux États-Unis : questions actuelles et informations générales	147
IV. PRINCIPAUX THÈMES	165
A. Indépendance judiciaire et responsabilité judiciaire : l'équilibre changeant des buts de la réforme	165
B. Le rôle de l'administration des tribunaux dans le renforcement de l'indépendance et de l'impartialité judiciaires	176
C. Contribution de la société civile à l'indépendance judiciaire	185
D. Le contexte des programmes d'indépendance judiciaire : l'amélioration des diagnostics, le développement d'environnements favorables et le renforcement des groupes économiques partisans	196
APPENDICE A : Normes et principes relatifs à l'indépendance judiciaire	
APPENDICE B : Ressources de l'Internet	

RÉSUMÉ ANALYTIQUE

Réaliser l'indépendance judiciaire en vue de garantir l'impartialité des décisions de justice est une tâche complexe. Les pays ont cherché à atteindre ce but en suivant des voies diverses, avec ou sans l'aide de bailleurs de fonds. Beaucoup dépend des coutumes locales, des attentes et des arrangements institutionnels. Le présent guide a été publié dans le but d'améliorer la compréhension de ces questions et d'aider l'USAID et les autres bailleurs de fonds à concevoir et à exécuter des programmes efficaces.

Ce guide repose essentiellement sur les contributions d'experts de 26 pays. Les conclusions tirées des documents présentés par ces experts ont été passées en revue en une série de tables rondes dont le résultat final constitue le noyau central de cet ouvrage. Ce guide se divise en trois parties principales. Après la section d'introduction, la section II décrit les procédures clés et arrangements institutionnels qui affectent l'indépendance judiciaire. La section III contient des études au niveau des régions et des pays qui passent en revue les différences importantes de culture, d'histoire et de systèmes juridiques qui affectent l'indépendance judiciaire. La section IV développe certains thèmes spécifiques.

La sous-section A de la section I reconnaît le besoin d'établir et de renforcer l'appui pour les réformes. Ces réformes se heurtent à une opposition souvent importante en raison de l'enjeu élevé. Nombreux sont ceux qui ont à y perdre. Il arrive souvent que les acteurs au sein du système craignent l'impact que les réformes auront sur eux. Parfois, la vision de ce que l'on cherche à accomplir par les réformes, et comment, n'est pas suffisamment comprise ou partagée. Au même moment, les bailleurs de fonds sont souvent pressés de présenter rapidement des résultats tangibles. Afin que le processus de réforme soit durable, il importe que les bailleurs de fonds et leurs homologues locaux prennent le temps nécessaire pour susciter dès le début un soutien étendu envers ces réformes. Le temps et l'effort nécessaires pour accomplir ceci sont généralement substantiels et presque toujours largement sous-estimés.

Il importe de réunir une coalition étendue comprenant des alliés à l'intérieur et à l'extérieur du pouvoir judiciaire. Les ONGs peuvent jouer un rôle spécial comme représentants de la voix du peuple. Pour une mise en œuvre efficace des réformes, les juges, alliés naturels, doivent être engagés et avoir le sentiment que les réformes leur appartiennent. En revanche, si le pouvoir judiciaire ne participe pas au processus ou si les juges se sentent menacés par les campagnes de réformes, ils peuvent devenir des opposants efficaces. Une stratégie réussie consistera à acquérir un soutien au sein de la structure politique au moyen d'alliances ainsi qu'en faisant pression sur cette structure. L'appui des médias pourrait s'avérer difficile à acquérir si les propriétaires ont des intérêts personnels contraires, mais mobiliser certains médias champions des réformes est important. Publier des enquêtes d'opinion favorables peut également aider la cause. D'une façon générale, les campagnes de réformes seront une tâche à la fois stratégique et durable qui, dans de nombreux cas, pourrait exiger que l'on identifie une organisation de la société civile avec un personnel expert se consacrant virtuellement à plein temps à ces efforts.

La sous-section B décrit les points clés de l'organisation et de la structure d'un pouvoir judiciaire qui peuvent le rendre vulnérable aux ingérences et les stratégies visant à réduire cette vulnérabilité. Il existe des différences historiques entre les systèmes de droit commun et de droit civil qui ont influencé la façon dont les arrangements visant à garantir l'indépendance judiciaire se sont développés dans chaque système, différences qui doivent être comprises. Cependant, au cours des dernières décennies, de nombreux éléments institutionnels de base ont convergé, soutenant l'indépendance judiciaire.

La présence de juges honnêtes et qualifiés est essentielle. C'est pourquoi, la méthode par laquelle les juges sont choisis et nommés constitue souvent un élément de réforme primordial. Les pays ayant un code civil ont couramment utilisé les conseils de la magistrature pour diminuer la domination du pouvoir exécutif, des partis politiques ou des élites sur les nominations judiciaires. On se concentre souvent sur le

fait que la composition des conseils doit permettre d'atteindre ce but. Le consensus parmi nos experts était que la transparence du processus de sélection utilisé par le conseil était plus importante que sa composition. Un examen public approfondi des candidats peut être un élément primordial. Néanmoins, on peut toujours améliorer la composition d'un conseil. Faire participer le public, au moyen de juristes et de professeurs de droit, peut aider à réduire le contrôle de l'exécutif, des intérêts partisans ou de la cour suprême. L'inclusion de juges de rang subalterne peut réduire l'influence excessive des leaders du corps judiciaire. Permettre à chaque groupe de choisir ses propres représentants peut améliorer l'autonomie.

Les pays de droit civil utilisent souvent un processus de sélection fondé sur le mérite, y compris un examen, pour choisir les juges des tribunaux subalternes. L'adoption de ce système constitue un pas important en avant si on le compare aux processus traditionnels politiques ou personnels. Les processus de sélection améliorés doivent être renforcés par la sécurité du poste. Des procédures de promotion ou des mesures disciplinaires appropriées, transparentes et respectées en pratique sont les mécanismes principaux de garantie de la sécurité des postes. La durée du mandat d'un juge est étroitement liée à la sécurité de son poste. A mesure que les juges approchent de la fin de leur mandat, ils sont plus vulnérables aux influences extérieures. Que le mandat soit à vie ou à durée limitée, il doit être suffisamment long pour réduire cette vulnérabilité.

Il existe deux modèles de base pour définir les relations du pouvoir judiciaire avec le reste du gouvernement : (1) un pouvoir judiciaire qui dépend d'un département de l'exécutif pour les fonctions administratives et budgétaires et (2) un pouvoir judiciaire qui est un pouvoir séparé et gère sa propre administration et son propre budget. Bien qu'il y ait des exemples clairs de pouvoirs judiciaires indépendants appartenant au premier modèle, la tendance est d'accorder au corps judiciaire plus de contrôle administratif pour le protéger contre la domination du pouvoir exécutif. Un budget suffisant est généralement nécessaire pour protéger l'indépendance judiciaire, surtout lorsque l'alternative serait de compléter le budget judiciaire avec des ressources extérieures. Bien que la structure du pouvoir judiciaire soit importante pour son indépendance, la structure affectant les avocats est tout aussi importante. Un barreau qui se surveille rigoureusement pour éviter des pratiques de ses membres contraires à l'éthique ou illégales apporte une contribution considérable à un bon système juridique.

La sous-section C se concentre sur le rôle que le juge peut jouer individuellement dans la promotion de l'indépendance judiciaire. Les juges qui ne sont pas suffisamment engagés envers l'indépendance judiciaire ou qui n'ont pas une formation et des compétences suffisantes sont plus vulnérables aux influences extérieures. Ainsi, les programmes de formation peuvent avoir une grande influence, et en particulier la formation éthique. Le consensus parmi les collaborateurs du Guide était également qu'une formation juridique universitaire déficiente constitue l'un des obstacles les plus sérieux au développement d'un pouvoir judiciaire indépendant. Le bas statut du pouvoir judiciaire dans de nombreux pays, qui se reflète dans de bas salaires et de mauvaises conditions de travail, a été perçu comme un élément rendant difficile pour le juge de maintenir toute la dignité professionnelle nécessaire pour résister à la corruption et autres pressions extérieures. Améliorer les avantages et les conditions de travail peut avoir une importance cruciale. Les associations de juges constituent une méthode efficace pour améliorer le professionnalisme des juges.

L'importance de la transparence pour l'indépendance judiciaire est soulignée dans presque chaque approche examinée dans le guide. La sous-section D décrit d'autres moyens d'augmenter la transparence. L'organisation et les procédures des tribunaux, si elles sont transparentes, rendent plus difficile l'ingérence dans les opérations du tribunal. Une bonne gestion des registres est essentielle, ainsi qu'un mécanisme qui garantit que l'affectation des dossiers est politiquement neutre. Publier les décisions judiciaires peut aider à prévenir des décisions fondées sur des considérations autres que la loi et les faits. Des procédures orales, contradictoires et publiques ont augmenté la transparence des poursuites pénales dans de nombreux pays. Le suivi des tribunaux par les ONGs, les universitaires et les médias peut exposer

et empêcher les abus. La publication annuelle des biens et des revenus des juges peut servir à dénoncer et décourager les abus.

La sous-section E montre que ce qu'une société attend du corps judiciaire peut jouer un rôle crucial dans la promotion de son indépendance. Certains tribunaux ont acquis un degré de respect significatif par leurs décisions sur d'importantes questions constitutionnelles contre des intérêts profondément ancrés. Le fonctionnement efficace des tribunaux, et notamment le traitement des dossiers en temps voulu, sont importants, de même que veiller à ce que les décisions judiciaires soient exécutées. Les grandes réformes judiciaires doivent être portées à la connaissance du public pour rehausser la stature des tribunaux.

Dans de nombreux pays en transition, le pouvoir judiciaire lutte pour se libérer de l'ancienne domination des élites, des militaires, des partis politiques ou de l'exécutif. Cependant, aucun pouvoir judiciaire n'est entièrement libre d'agir selon ses propres lumières, et cela ne doit pas être. Finalement, le pouvoir judiciaire, comme toute autre institution de gouvernance démocratique, doit être responsable devant le public tant pour ses décisions que pour ses opérations. La sous-section F de la section I examine la tension entre l'indépendance et la responsabilité.

I. INTRODUCTION

A. Objet et portée du guide

Le guide poursuit les objectifs suivants :

- Promouvoir la compréhension des questions qui entourent l'indépendance judiciaire
- Aider l'USAID et les autres bailleurs de fonds, en collaboration avec leurs homologues locaux, à concevoir et exécuter des programmes qui renforcent efficacement l'indépendance judiciaire.

Les travaux liés à la publication de ce guide ont débuté par un grand débat quant à sa portée. Le terme « indépendance judiciaire » signifie en général que le pouvoir judiciaire en tant qu'institution et les juges individuels ne sont soumis à aucune ingérence de la part d'autres institutions ou individus. Pour les Américains, le terme désigne plus précisément notre propre arrangement de séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, arrangement qui diffère dans de nombreux autres pays quant aux attributs spécifiques des structures de gouvernance.

Cependant, l'arrangement structurel n'est pas une fin en soi, mais un moyen d'atteindre d'autres objectifs, le premier étant la prise de décision impartiale des juges. Le Principe N.2 des Principes fondamentaux des Nations Unies relatifs à l'indépendance de la magistrature définit l'impartialité judiciaire comme le fait pour les juges de décider les affaires qui leur sont présentées « sur la base des faits et conformément à la loi sans restrictions aucunes, influences abusives, pots-de-vin, pressions, menaces ou ingérences, directes ou indirectes, de toute partie ou pour toute raison. » Quelles que soient les variantes structurelles, la plupart des gouvernements poursuivent le but commun d'impartialité pour leur pouvoir judiciaire. Le présent guide est centré sur l'indépendance judiciaire comme moyen de prendre des décisions de façon impartiale. Nous ne sommes

pas en faveur d'un modèle spécifique de gouvernance. Cependant, nous examinerons les arrangements structurels, puisque la capacité des juges à être impartiaux est inévitablement par la structure judiciaire, tout en faisant de notre mieux pour éviter nos propres partis pris culturels.

Ce projet n'a pu couvrir tous les aspects de l'indépendance judiciaire. Par exemple, le guide ne se concentre pas sur les procureurs, même s'ils font partie du corps judiciaire dans de nombreux pays. Le guide ne s'occupe pas non plus de questions spéciales concernant des juges non professionnels. Toutefois, de nombreuses questions soulevées leur sont également applicables. Bien que l'impartialité judiciaire suppose la capacité de prendre des décisions judiciaires en dépit des partis pris, le guide ne traite pas ce sujet de façon spécifique. Pour lui faire justice, il faudrait faire une étude bien plus étendue. Enfin, nous ne traitons pas des questions liées à l'exécution des jugements.

B. L'importance de l'indépendance et de l'impartialité judiciaires

L'indépendance judiciaire doit toute son importance au fait que le corps judiciaire lui-même est important.

Si l'on ne peut faire confiance à un corps judiciaire pour juger de façon impartiale, conformément à la loi et sans céder à des pressions et influences extérieures, son rôle est déformé et la confiance du public envers le gouvernement affectée.

Dans les sociétés démocratiques et à économie de marché, un pouvoir judiciaire indépendant et impartial contribue à un équilibre stable et équitable du pouvoir au sein du gouvernement. Il protège les droits de l'individu et la sécurité de la personne et de la propriété. Il résout les litiges commerciaux de façon prévisible et transparente encourageant la concurrence loyale et la croissance économique. Il joue un rôle clé pour contrecarrer la corruption publique et privée, réduire la manipulation politique et augmenter la

L'ingérence peut provenir de sources diverses :

- l'exécutif, le législatif, les autorités locales
- les fonctionnaires et les législateurs individuels
- les partis politiques
- les élites politiques et économiques
- les militaires, paramilitaires et services de renseignements
- les associations de malfaiteurs
- la hiérarchie judiciaire elle-même

confiance du public envers l'intégrité du gouvernement.

Même dans les démocraties stables, l'influence du pouvoir judiciaire a considérablement augmenté au cours des quelques dernières décennies. La législation visant à protéger les droits sociaux et économiques s'est étendue dans de nombreux pays, et avec elle, le rôle des tribunaux pour protéger ces droits. Le pouvoir judiciaire assume une responsabilité croissante dans la résolution de litiges commerciaux nationaux et internationaux de plus en plus complexes. Comme l'activité criminelle est, elle aussi, devenue internationale et plus complexe et constitue un problème crucial pour les populations urbaines en expansion, les juges jouent un rôle primordial en protégeant la sécurité des citoyens et des nations.

Dans les pays en transition vers une gouvernance démocratique et l'économie de marché, les pouvoirs judiciaires ont un fardeau encore plus lourd. Un grand nombre d'entre eux doivent évoluer de façon assez dramatique de l'état d'extension de la domination du pays par l'exécutif, les élites ou les militaires à leur nouveau rôle d'institutions équitables et

indépendantes. En même temps, la demande et les attentes envers ces pouvoirs judiciaires sont souvent élevées, en raison de l'évolution rapide de la vision des droits des citoyens, du rôle du pouvoir exécutif et des mécanismes du marché. Le pouvoir judiciaire se trouve souvent à un point focal alors que les forces politiques et économiques luttent pour définir la forme de la société. Ce judiciaire doit également faire face à de graves problèmes de criminalité qui accompagnent souvent les transitions, ainsi que d'énormes problèmes de corruption, les deux étant l'héritage des régimes passés, et à la corruption née des conditions changeantes.

Il serait peu réaliste de penser que le pouvoir judiciaire peut soutenir le fardeau entier de la résolution de ces problèmes. Dans le meilleur des cas, il peut jouer le rôle de meneur. Sinon, il doit au minimum achever sa propre évolution et s'appêter à confronter la multitude de problèmes qui se posent à lui.

C. Méthodologie

Ce guide est basé principalement sur les contributions d'experts nationaux. Nous avons tout d'abord préparé un questionnaire qui était centré sur les approches programmatiques que l'USAID a suivies dans le passé pour promouvoir l'indépendance judiciaire. Ce questionnaire a été envoyé à des experts dans 26 pays. L'USAID avait exécuté des programmes relatifs à l'état de droit dans un grand nombre de ces pays, mais pas tous. Le questionnaire ne demandait pas d'évaluer la réussite en soi des programmes de l'USAID, mais il demandait à la place si les approches décrites – courantes dans tous les efforts de réformes – avaient convenu ou pourraient convenir dans chaque pays. En répondant à ces questions, tous nos correspondants ont apporté des précisions quant aux circonstances historiques et culturelles spécifiques à leurs pays qui ont affecté l'indépendance judiciaire.

Les conclusions tirées de ces documents ont été examinées au cours d'une série de tables rondes. La première s'est tenue à Guatemala City et a

réuni des experts de la réforme judiciaire et des agents de l'USAID d'Amérique Centrale et de la République Dominicaine. Trois autres tables rondes ont suivi à Washington, DC, avec la participation d'agents de l'USAID, du Département d'État et du Département de la Justice, de juges fédéraux et des états, d'entrepreneurs, de représentants d'organisations non gouvernementales (ONGs), des experts qui avaient répondu aux questionnaires et d'autres experts et praticiens. Les conclusions de ce processus forment le noyau central de ce guide.

D. Agencement du guide

Le guide est divisé en trois parties principales. Après l'introduction, la section II résume les processus clés et les arrangements institutionnels qui ont une influence positive ou négative sur l'indépendance judiciaire. Elle réunit les observations et les conclusions des efforts de réforme à travers le monde extraites des documents régionaux et nationaux et des entretiens avec les experts.

La section III comprend six études régionales et nationales. Le pouvoir judiciaire et l'indépendance judiciaire se sont développés différemment en des systèmes juridiques distincts (c'est-à-dire le droit commun, le droit civil, la *Shari'a*, le droit communiste et le droit coutumier) et à la suite de variations culturelles, sociales, économiques et politiques. La section III rend compte d'un grand nombre de ces différences. Les documents sur l'Amérique Latine, l'Europe Centrale et Orientale et l'Afrique anglophone ont été écrits par des experts qui possèdent une vaste expérience dans ces régions. Chaque document examine les circonstances les plus importantes qui ont une influence sur les efforts pour remodeler la structure et la procédure judiciaire dans la région et chacun met l'accent sur les informations fournies dans les documents des nationaux. Les documents sur la France et l'Italie éclairent les changements adoptés dans de nombreux pays dans lesquels nous travaillons et qui reflètent les traditions européennes et se tournent donc vers

ces pays pour de nouvelles approches. Le document sur les États-Unis étend notre connaissance sur le développement judiciaire dans notre propre pays, et avec le document sur l'Afrique anglophone, explique la tradition du droit commun.

La section IV est constituée de quatre documents sur des thèmes spécifiques relatifs à l'indépendance judiciaire. De nombreux concepts de base contenus dans ces documents ont été utilisés dans la section II, mais les documents de la section IV fournissent plus de détails et une analyse plus approfondie.

II. PROCÉDURES CLÉS ET ARRANGEMENTS INSTITUTIONNELS

A mesure que les différents éléments participant à l'indépendance judiciaire apparaissent et étaient discutés lors de la préparation de ce guide, six catégories différentes d'approches au renforcement de l'indépendance judiciaire émergent. La section II est organisée selon ces catégories :

- A. Le renforcement du soutien envers les réformes
- B. La lutte contre l'ingérence au moyen de la structure institutionnelle
- C. Le développement de la capacité et des attitudes judiciaires
- D. L'augmentation de la transparence
- E. La promotion du respect sociétal pour le rôle d'un pouvoir judiciaire impartial
- F. La tension entre indépendance et responsabilité
- G. Où doit-on commencer ?

La sous-section A reconnaît le besoin de développer le soutien pour des réformes visant à accroître l'indépendance judiciaire. Tout programme appuyé par des bailleurs de fonds doit exprimer un sentiment de possession locale et contribuer à la volonté et à la capacité des organisations locales de soutenir les réformes. L'indépendance judiciaire n'y fait pas exception. La sous-section A souligne ce point tout en détaillant de certaines observations et stratégies liées spécifiquement à l'indépendance judiciaire. La sous-section A est aussi l'endroit où les stratégies visant à contrecarrer l'opposition aux réformes sont étudiées de la façon la plus explicite.

La sous-section B décrit les points clés dans l'organisation et la structure du pouvoir

judiciaire qui le rendent vulnérable à l'ingérence et examine également les stratégies visant à réduire cette vulnérabilité.

La sous-section C examine le rôle du juge individuel dans la promotion de l'indépendance judiciaire et souligne le fait que les juges, pour pouvoir appliquer la loi avec impartialité, doivent tout d'abord connaître et comprendre la loi et ensuite avoir l'espoir de pouvoir agir avec indépendance. Bien que des questions légitimes se posent quant à l'utilité d'une formation substantielle en l'absence d'un effort de réforme plus étendu, nos correspondants nationaux ont souligné que les juges qui ne sont pas bien au courant de la loi sont particulièrement sensibles aux pressions extérieures. L'étude a produit plusieurs suggestions spécifiques concernant la capacité et les attitudes des juges.

L'importance de la transparence pour l'indépendance judiciaire est un thème récurrent du guide. La sous-section D souligne la nature cruciale de cette question et offre des suggestions spécifiques pour augmenter la transparence, en particulier dans le fonctionnement des tribunaux.

La sous-section E examine le rôle vital que ce que la société attend du pouvoir judiciaire joue dans la promotion de l'indépendance et comment renforcer le respect dont le pouvoir judiciaire a besoin pour éveiller de grandes attentes. L'influence de deux questions particulières – le contrôle de constitutionnalité et le respect des décisions judiciaires par les agences gouvernementales – est soulignée avec un certain détail. La sous-section E examine aussi pourquoi l'indépendance et l'efficacité, que l'on considère souvent comme deux questions entièrement séparées, sont en fait étroitement liées.

La sous-section F examine brièvement la tension entre indépendance et responsabilité, sujet développé de façon plus approfondie dans certains documents des sections II et III. Pour finir, la sous-section G offre quelques idées, tirées de l'étude, quant à savoir par où l'on peut commencer.

A. Le renforcement du soutien envers les réformes

Une opposition de taille risque de menacer les réformes visant à renforcer l'indépendance et l'impartialité judiciaires, précisément parce que l'enjeu est si grand. Un pouvoir judiciaire impartial réduirait l'influence des agents du gouvernement, des législateurs, des partis politiques et autres élites puissantes qui ont l'habitude de se placer au-dessus ou hors d'atteinte de la loi. La hiérarchie judiciaire elle-même risque d'y perdre, tout particulièrement dans les pays où les juges des tribunaux supérieurs ont la capacité d'exercer un contrôle excessif et arbitraire sur les juges des tribunaux subalternes. Pour finir, ceux qui sont avantagés dans le système actuel (c'est-à-dire les juges et le personnel des tribunaux qui bénéficient de la petite corruption ou qui se méfient trop des nouvelles approches, et les avocats qui savent gagner les procès en jouant selon les règles actuelles) s'opposeront probablement aux réformes. Et pour compliquer la situation d'avantage, les sources de l'opposition seront parfois manifestes et évidentes, mais, le plus souvent, elles ne le seront pas.

Un second facteur qui joue souvent est que les bailleurs de fonds ont souvent une vision commune et une profondeur de compréhension des réformes qui tout simplement n'existe pas ou n'existe qu'auprès d'un petit cercle de réformateurs locaux. Certaines personnes peuvent s'opposer aux réformes simplement parce qu'elles n'en comprennent pas les effets. Par exemple, des personnes qui craignent une augmentation de la criminalité peuvent s'opposer à des réformes qui garantiraient des poursuites pénales équitables et respectant les libertés individuelles. Les juges peuvent s'opposer à ce que les procureurs aient un rôle plus indépendant par crainte que cela ne diminue leur propre rôle.

Les bailleurs de fonds sont souvent pressés de montrer des résultats rapides et tangibles. Les lois qui contiennent les réformes peuvent être votées rapidement, mais à un stade ultérieur, les réformes peuvent être annulées tout aussi

rapidement ou être bloquées dans la phase d'exécution, qui est presque toujours longue, difficile, irrégulière, onéreuse, menacée de conséquences imprévues ainsi que d'une opposition directe. Lorsque cela se produit, les bailleurs de fonds ont tendance à devenir sceptiques sur le processus et la volonté politique d'appliquer les réformes ou encore à se fier à des stratégies *ad hoc* pour développer l'appui nécessaire.

Afin de soutenir le processus de réforme, il importe que les bailleurs de fonds et leurs homologues locaux introduisent consciemment et dès le début des composantes visant à éduquer les groupes affectés et le public et à développer l'appui nécessaire aux réformes. Pour cela on devra consacrer un temps et une énergie généralement substantiels, ce qui est souvent sous-estimé.

Voici quelques suggestions spécifiques pour développer l'appui nécessaire et contrer l'opposition aux réformes :

- Une vision commune et plus convaincante verra le jour plus aisément si les problèmes sont analysés avec la participation des intéressés.
- La formation d'une coalition est un élément essentiel, qui devrait inclure des alliés au sein et hors du monde judiciaire, tels que des juges, des politiciens, des représentants du pouvoir exécutif et des membres des associations professionnelles, ONGs, groupes de pression, universités et facultés de droit, du monde des affaires et des médias.
- Les ONGs occuperont d'habitude une place essentielle dans une telle coalition, représentant des intérêts qui peuvent se regrouper autour des réformes. Même si la cour suprême ou le ministère de la justice est en faveur des réformes, une opposition peut se dresser que les organisations officielles ne sont pas en mesure de contrer. Les ONGs peuvent

alors jouer un rôle spécial et efficace en tant que porte-parole du public.

- Les efforts doivent être à la fois stratégiques et soutenus. Dans de nombreux cas ceci exigera que l'on identifie une organisation de la société civile avec un personnel expert qui travaillera, en pratique, à plein temps pour soutenir les réformes et confronter l'opposition. Des campagnes de réformes qui ne sont soutenues que par des personnes ayant un autre emploi à plein temps et ne disposent que d'un temps limité pour se consacrer aux efforts de réforme, ont généralement été insuffisantes pour conserver l'élan nécessaire. Étant donné les réalités économiques dans de nombreux pays en voie de développement, les bailleurs de fonds devront inclure dans leurs programmes des fonds suffisants pour que ces organisations puissent engager des experts locaux respectés et fournir l'assistance technique nécessaire pour renforcer les capacités des organisations (voir l'encadré sur l'appui fourni par l'USAID à un effort de ce type en République Dominicaine).
- Les juges sont des alliés naturels et importants pour développer l'appui à l'indépendance judiciaire. Par contre, des juges qui ne participent pas au processus ou qui se sentiraient personnellement attaqués par des campagnes de réformes peuvent devenir des opposants efficaces. Il faut donc s'attacher les juges à tous les niveaux et les faire participer aux efforts de réforme. Le fait qu'ils se sentent 'propriétaires' des réformes et leur engagement seront des éléments essentiels pour que les réformes soient efficacement mises en oeuvre. Les doutes qu'ils pourraient avoir sur les effets des changements doivent être dissipés dès le début. Une fois engagés, les juges peuvent améliorer le schéma des programmes, puisqu'ils sont le plus

à même de comprendre comment résoudre les problèmes de l'impartialité. La constitution d'associations de juges peut être un mécanisme efficace pour les faire participer au processus. Tandis que les associations de juges traditionnelles n'ont eu que peu tendance à se consacrer à l'indépendance judiciaire, certains groupes nouvellement formés, tels que l'Association des juges slovaque, ont des membres très engagés et qui sont en première ligne de la réforme.

- Il importe d'identifier ses alliés parmi les politiciens. En fin de compte, l'appui des politiciens est indispensable et une stratégie efficace consiste à développer l'appui au sein de la structure par des alliances et en même temps de faire pression sur elle.
- Une stratégie visant les médias est vitale, bien que les médias puissent ne pas être des alliés naturels et les obstacles au développement de l'appui parmi les médias ne doivent pas être sous-estimés. Dans de nombreux pays, les médias sont contrôlés par des élites puissantes qui s'opposent aux réformes judiciaires. Il arrive souvent que les journalistes, comme le public, ne comprennent pas le rôle du pouvoir judiciaire et ne savent pas comment en faire un sujet vendable. Néanmoins, on peut aussi citer des exemples d'efforts réussis avec les médias. Des séminaires qui ont réuni des juges et des reporters dans certains pays ont changé l'attitude de ces reporters envers les bénéfices apportés par les réformes et ont persuadé les juges de mettre plus d'information à la disposition du public. Sans tenir compte de la question de savoir si les médias en général abordent ce sujet, la stratégie de développement de l'appui envers les réformes doit s'efforcer de trouver au moins un média qui s'intéresse suffisamment à la question pour qu'il considère la réforme comme un élément central, fasse une

publicité importante et lance des appels en faveur de la transparence.

- Si l'on n'arrive pas à établir une alliance avec les médias, la stratégie doit prévoir un autre mécanisme pour mobiliser l'opinion publique. Les ONGs alliées pourraient devoir assumer la responsabilité directe de ces efforts.
- Des sondages d'opinions et des enquêtes sectorielles de juges, de représentants d'entreprises et du public par des organisations crédibles (parfois avec continuité) peuvent être un outil efficace pour recueillir des informations qui pourront être utilisées dans le cadre d'une stratégie de médias, pour les efforts d'information directe du public des ONGs alliées ou pour le développement de la coalition.
- Les agents du pouvoir exécutif peuvent être des alliés puissants et parfois essentiels. L'appui du ministre des finances peut être crucial pour des réformes qui ont des implications budgétaires. L'appui des procureurs et des fonctionnaires chargés de faire appliquer la loi est essentiel pour les réformes qui affectent la justice criminelle.
- Les commissions interinstitutionnelles du secteur judiciaire, qui réuniraient des représentants d'un grand nombre d'organisations identifiées ci-dessus, peuvent offrir un forum efficace pour examiner les réformes, développer l'appui nécessaire et coordonner les efforts de réforme.

B. La lutte contre l'ingérence au moyen de la structure institutionnelle

Certains processus clés et arrangements institutionnels du pouvoir judiciaire peuvent soit favoriser soit empêcher l'ingérence dans les décisions des juges. Cette sous-section en examine six. Le premier, examiné dans la sous-

section 1, est le processus de nomination. Si le processus de nomination est conçu de façon à faciliter l'influence de parties extérieures, comme c'est le cas dans de nombreux pays, il sera difficile de surmonter ce défaut par des contrôles en aval. Le problème devient particulièrement grave lorsqu'en plus, les juges n'ont pas la sécurité d'un poste fixe, comme on le verra dans la sous-section 2. La sous-section 2 examine également l'utilisation des promotions et des actions disciplinaires pour interférer avec l'indépendance et la difficulté de concevoir et d'appliquer des systèmes appropriés fondés sur le mérite. La sous-section 3 examine comment la durée du mandat des juges peut affecter leur aptitude à agir avec impartialité. La sous-section 4 examine comment l'organisation et l'administration des tribunaux peuvent encourager ou décourager l'indépendance. La sous-section 5 est consacrée aux relations entre le budget judiciaire et l'indépendance judiciaire. Pour finir, la sous-section 6 aborde l'influence que peuvent avoir les avocats.

1. La sélection et la nomination des juges

Dans de nombreux pays, les problèmes d'indépendance judiciaire débutent là où les juges sont sélectionnés. Le processus est souvent politisé ou dominé par le pouvoir exécutif, le parti majoritaire du législatif ou la hiérarchie judiciaire, et il est conçu de manière à ce que le corps judiciaire reste sensible à ceux qui sont responsables des nominations, officiellement ou de façon informelle. C'est pourquoi, il est souvent nécessaire de réviser la procédure de nominations comme une étape nécessaire au renforcement de l'indépendance judiciaire.

a. Les procédures courantes de sélection

Les pays de droit commun et de droit civil ont traditionnellement suivi des pratiques distinctes de sélection des juges. Dans les pays de droit commun, les juges des tribunaux d'instance inférieure sont d'habitude choisis parmi des avocats qui exercent et ont de l'expérience pour des positions judiciaires spécifiques. Ils peuvent

DIFFÉRENCES PERTINENTES ENTRE LES TRADITIONS DE DROIT CIVIL ET DE DROIT COMMUN

En France prérévolutionnaire, les tribunaux étaient le bras droit de la monarchie. On leur confiait souvent l'autorité législative et l'autorité judiciaire et ils étaient considérés par une grande partie du public comme le symbole de l'oppression et de l'arbitraire. Au même moment, en Angleterre, les juges protégeaient souvent les propriétaires terriens et les citoyens contre les caprices du monarque. Ce passé très différent a influencé la façon dont les pouvoirs judiciaires et les arrangements visant à garantir leur indépendance se sont développés dans les pays de droit civil et de droit commun.

En Angleterre, et dans la plupart des pays de droit commun, les juges ont traditionnellement joui de plus d'indépendance et de pouvoir que leurs collègues dans de nombreux pays de code civil. Les juges de droit commun ont plus de sécurité pour leur poste et plus d'autonomie vis-à-vis de leur budget et de leur gouvernance interne. De plus, le pouvoir judiciaire a plus d'autorité pour légiférer, puisque les décisions d'un tribunal d'instance plus élevée constituent un précédent obligatoire pour les tribunaux inférieurs.

Par contre, en France, et dans un certain nombre de pays de droit civil, les juges sont considérés et traités plutôt comme des fonctionnaires de haut niveau. En France, la Constitution de 1958, n'accorde pas au corps judiciaire le statut d'un pouvoir séparé du gouvernement. A la place, il place « l'autorité » judiciaire sous la supervision d'un conseil de la magistrature dont font partie le président de la République et le ministre de la justice. Parallèlement, la constitution déclare que le président est le garant suprême de l'indépendance judiciaire.

Au cours des quelques dernières décennies, les différences entre les systèmes de droit commun et de droit civil sont devenues plus floues. Un nombre croissant de pays, tels que la France, a adopté des réformes visant à augmenter l'indépendance et le pouvoir du judiciaire. La responsabilité des nominations, des promotions et de la discipline judiciaires est maintenant souvent partagée entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Souvent, le barreau et le public ont un rôle dans le processus. La tendance actuelle est d'accroître la sécurité des postes occupés et le contrôle du pouvoir judiciaire sur son propre budget, et sur les questions de promotion et de discipline. C'est pourquoi, bien que les origines historiques du pouvoir judiciaire d'un pays demeurent importantes à comprendre, l'évolution contemporaine est tout aussi importante.

être nommés par une combinaison d'actions des pouvoirs législatif et exécutif ou (mais c'est plus rare) être élus. Les juges des tribunaux d'instance plus élevée sont choisis tant parmi les avocats qui exercent que parmi les juges des tribunaux d'instance inférieure, mais dans les deux cas, le poste est pourvu par une nomination ou une élection directe plutôt que par une promotion.

Les pays de droit civil ont traditionnellement utilisé un système de « carrière ». Les récents diplômés des facultés de droit sont choisis au moyen d'un système fondé sur le mérite. Ils doivent habituellement passer un examen, mais la procédure peut également

inclure un réexamen de leur éducation, de leur formation ultérieure et de leur expérience pratique. Comme pour les autres fonctionnaires, les juges sont recrutés au rang le plus bas et sont promus à mesure qu'ils acquièrent de l'expérience.

Cependant, il existe de nombreuses divergences par rapport à ces deux modèles, spécifiques aux différents pays. Par exemple, en France, 20 pour cent des juges (en général aux niveaux les plus élevés) sont recrutés parmi les avocats expérimentés et les professeurs de droit. Le recrutement au sein du barreau privé est aussi courant en Espagne. De nombreuses anciennes colonies espagnoles d'Amérique Latine ont emprunté

librement à d'autres systèmes tôt dans leur développement et n'ont pas suivi les traditions du droit civil classique pour la sélection des juges.

Il arrive souvent que différentes procédures soient utilisées pour sélectionner les juges des tribunaux subalternes et les juges des tribunaux de rang supérieur (cours constitutionnelles et cours suprêmes). La sélection aux niveaux plus élevés peut se faire par nomination par le législatif ou l'exécutif, alors que pour les niveaux moins élevés, la nomination se fait par le système traditionnel des examens. Ces différences sont en général considérées comme appropriées. Comme les tribunaux supérieurs exercent certaines fonctions politiques, des considérations, autres que le mérite objectif – telles que le commandement, la capacité de gouvernance, la philosophie judiciaire et l'idéologie politique – sont raisonnables, à condition qu'une diversité de valeurs soit représentée.

b. Tendances régionales

Avant les récentes réformes, le processus de sélection des juges en Amérique Latine était généralement non transparent, ouvertement contrôlé par les partis politiques et accordait relativement peu de poids au mérite. Dans la plupart des pays de la région, les juges de la cour suprême étaient choisis par l'exécutif ou le législatif (généralement dominé par le parti du président) pour des mandats de courte durée qui coïncidaient en pratique avec le mandat du président.¹ Les juges des tribunaux d'instance inférieure étaient nommés par la cour suprême elle-même ou par l'exécutif et/ou le législatif. Les juges étaient révoqués et remplacés pour des raisons politiques, souvent en bloc, avec le changement de gouvernement.

En raison de la structure hiérarchique des pouvoirs judiciaires en Amérique Latine, accentuée par le rôle de la cour suprême

¹ Voir l'article de Margaret Popkin relatif à l'Amérique Latine, dans la section III

dans le choix des juges des tribunaux d'instance inférieure, l'amélioration du mécanisme pour la sélection des juges de la cour suprême était considérée comme un élément essentiel pour que les efforts visant à accroître l'indépendance judiciaire puissent réussir. Bien que de nombreux experts de la région étudiée affirment encore que les procédures non transparentes de sélection et de nomination sont une barrière à l'indépendance judiciaire, dans de nombreux pays d'Amérique Latine, on a noté des améliorations significatives dans ces procédures au cours des récentes années. Un grand nombre de pays ont adopté des réformes constitutionnelles qui ont élargi la participation et augmenté la transparence du processus, au moyen de conseils de la magistrature ou d'autres mécanismes. Les mandats sont souvent à plus long terme, parfois à vie, ou sont programmés de façon à ne plus coïncider avec les élections présidentielles. Des changements ont aussi eu lieu dans la procédure de sélection des juges des tribunaux d'instance inférieure, en établissant ou en modifiant les lois relatives à la carrière judiciaire pour introduire des systèmes plus transparents et fondés sur le mérite. Dans de nombreux pays, les candidats sont maintenant recrutés ou triés par un comité ou conseil de la magistrature. Dans certains cas, l'impact de ces réformes a été relativement rapide et spectaculaire.

En Europe de l'Est, en Eurasie, en Afrique et dans certaines parties de l'Asie, le pouvoir exécutif était la principale source d'ingérence. En Europe de l'Est et dans l'ancienne Union Soviétique, les conseils de la magistrature ont commencé à voir le jour dans les années 1990 dans le cadre des réformes comprises dans les nouvelles constitutions et les législations d'application. Dans ces pays, les candidats sont désignés habituellement par un conseil de la magistrature puis nommés par le président ou le ministre de la justice. En dépit de ces premières réformes, cette procédure est encore critiquée dans de nombreux pays comme étant trop politisée, dépourvue de transparence et contrôlée par

**LE PROCESSUS DE SÉLECTION EN
RÉPUBLIQUE DOMINICAINE :
UN EXERCICE DE TRANSPARENCE
ET DE PARTICIPATION CIVIQUE**

Jusqu'en 1997, les nominations judiciaires de la République Dominicaine étaient ouvertement politiques. Une réforme constitutionnelle intervenue à la suite d'une crise politique prévoit la nomination des juges de la Cour Suprême par le Conseil Judiciaire National. Ces juges, à leur tour, nomment les juges des tribunaux d'instance inférieure. La loi sur le CJN prévoit que toute personne ou institution peut proposer des candidats à la Cour suprême et que l'évaluation des candidats par le CJN s'effectue en séance publique. Une coalition de la société civile a publié le profil idéal des juges de la Cour suprême et encouragé le CJN à publier la liste de tous les candidats considérés. La coalition a également fait pression en public pour que les séances de sélection des candidats à la Cour Suprême soient télévisées. Le CJN a accepté ces conditions et les entretiens des 28 candidats de la Cour Suprême et le vote du CJN ont été télévisés. Puis la nouvelle Cour Suprême a lancé une procédure transparente d'évaluation de tous les juges en place et ouvert tous les postes de juges à une procédure de compétition publique. Pour cent seulement des juges ont été reconfirmés et 21 pour cent des 2,666 aspirants se sont qualifiés. La nouvelle Cour suprême et les nouveaux juges nommés dans ce processus ont lancé des réformes supplémentaires combinant les améliorations du système judiciaire avec une administration plus efficace, une meilleure coordination entre les autorités du secteur de la justice, l'établissement de normes de performance, le renforcement de la fonction de procureur et la mise en place d'un système alternatif de résolution des litiges.

l'exécutif. Au cours des récentes années, des réformes plus étendues ont été introduites dans plusieurs pays, l'exemple le plus réussi étant la Hongrie. Dans ce pays, hormis le

président de la cour suprême, les candidats aux postes judiciaires sont évalués par les présidents des tribunaux régionaux. Le président de la cour suprême est désigné par le président du pays puis élu par un vote du parlement à la majorité des deux tiers.

Dans les pays africains de droit commun, le président nomme généralement les juges des tribunaux de rang élevé en se fondant sur les recommandations d'une commission judiciaire. Dans quelques pays (par exemple, la Zambie), les juges pressentis doivent être confirmés par une majorité spéciale de l'une ou des deux chambres du législatif. Cependant, il arrive souvent que l'approbation du législatif n'agisse pas en tant que frein à la domination de l'exécutif puisque le corps législatif est souvent contrôlé par le président. De plus, dans certains pays, les commissions judiciaires ne sont composées que de personnalités nommées par le président (y compris les juges de rang supérieur). Ce processus de sélection fait que les juges de l'Afrique de droit commun ont tendance à favoriser l'exécutif.

Le cas de l'Ouganda contraste avec les autres pays. La Commission judiciaire ougandaise, créée en 1995, comprend des représentants de la cour suprême, des avocats choisis par la Société juridique ougandaise, le commissaire à la fonction publique, le ministre de la justice et des citoyens ordinaires choisis par le président. C'est cette diversité qui garantit son succès.

c. Les conseils de la magistrature

Dans de nombreux pays, des conseils de la magistrature ou commissions judiciaires ont été créés en vue d'améliorer le processus de sélection judiciaire.² Bien que les conseils

² Dans les pays de droit civil, ces organismes sont généralement appelés « conseils judiciaires » ou « hauts conseils de la magistrature ». Dans les pays de droit commun, on les appelle généralement « commissions des services judiciaires ». Ici, pour les besoins de la

de la magistrature existent dans les pays tant de droit civil que de droit commun, ils constituent une caractéristique particulièrement proéminente des cultures juridiques ayant une tradition de droit civil. Le rôle spécifique joué par les conseils de la magistrature varie d'un pays à l'autre. Dans de nombreux pays, son rôle va au-delà du processus de sélection ; dans d'autres, il peut ne pas l'inclure. Quoi qu'il en soit, comme les conseils de la magistrature sont souvent des participants importants à la sélection judiciaire et ont été adoptés dans de nombreux pays dans le cadre de réformes du processus de sélection, nous présentons dans cette sous-section une étude de leur rôle, développement et fonctionnement.

Dans le contexte de la tradition du code civil, les conseils de la magistrature ont leurs racines en France. Comme Louis Aucoin le décrit plus complètement dans son article relatif à la France (voir section III), l'organisation judiciaire a été fortement influencée par la méfiance résultant de l'alliance abusive du pouvoir judiciaire avec la monarchie et le pouvoir législatif, avant la révolution. A la suite de la révolution française, le judiciaire n'a pas été établi comme une branche séparée, mais plutôt comme faisant partie de l'exécutif afin de maintenir la séparation entre les fonctions judiciaires et législatives. Le pouvoir judiciaire était placé au sein du ministère de la justice qui jouait un rôle administratif et de supervision.

L'influence de l'exécutif sur le judiciaire a éventuellement provoqué un mécontentement en France et, en 1883, pour calmer les esprits, le Conseil supérieur de la magistrature (CSM) fut constitué pour superviser le judiciaire et lui assurer un certain niveau d'indépendance. A l'origine, le conseil n'était constitué que de juges nommés par le président et ne s'occupait

que des procédures disciplinaires. En 1946, il se vit attribuer un rôle important dans la nomination des juges et l'autorité de nommer les membres du conseil fut divisée entre l'exécutif et le parlement. A ce moment, le conseil était composé du président et du ministre de la justice, ainsi que de juges, de personnes nommées par le parlement, et de membres de la profession juridique. Au cours des années, tant le pouvoir de nommer les membres que la composition du conseil ont changé à plusieurs reprises, et son rôle s'est élargi progressivement pour accroître l'écart entre le judiciaire et l'exécutif.

Plusieurs autres pays d'Europe Occidentale ont suivi cet exemple et établi des conseils de supervision pour tenter de garantir l'indépendance judiciaire. De nombreuses anciennes colonies européennes ont fait de même, même dans les pays où le judiciaire n'a pas été établi comme faisant partie de l'exécutif. Dans de nombreux pays d'Amérique Latine et d'Europe Centrale et Orientale, cette tendance est relativement récente et fait partie de processus de réformes globales conçues pour augmenter l'indépendance judiciaire et améliorer les opérations.³

Bien que la protection de l'indépendance judiciaire constitue le but commun de la plupart des conseils de la magistrature, les problèmes spécifiques que les conseils sont appelés à aborder diffèrent fréquemment. Dans de nombreux pays, le problème est la domination du pouvoir judiciaire par l'exécutif, le législatif ou les partis politiques. Dans d'autres pays, la cour suprême est perçue comme ayant un contrôle excessif sur les juges des tribunaux d'instance inférieure. Certains pays se soucient principalement du fait que les juges passent beaucoup de temps à s'occuper de questions administratives et veulent

simplicité, nous parlerons de conseils de la magistrature. Notons cependant que ces organismes n'accomplissent pas toujours les mêmes fonctions.

³ Voir l'article de Margaret Popkin relatif à l'Amérique Latine et l'article de Edwin Rekosh relatif à l'Europe de l'Est et l'Eurasie, dans la section III.

augmenter l'efficacité et l'efficience des tribunaux en transférant la fonction administrative à un autre organisme.

Étant donné les différences d'objectifs spécifiques ainsi que le contexte dans lequel les changements ont lieu, les conseils de la magistrature varient grandement dans trois aspects fondamentaux : (1) le rôle du conseil, (2) la composition du conseil et (3) la façon dont les membres du conseil sont nommés.

Certains conseils de la magistrature supervisent, voire même ont la charge principale de toute une série de sujets liés au pouvoir judiciaire, y compris l'administration des tribunaux. D'autres se consacrent principalement à la nomination, l'évaluation, la formation et/ou la discipline des juges, et ne s'occupent pas de l'administration. Certains conseils participent à la sélection des juges d'un seul niveau – supérieur ou subalterne. D'autres participent à la sélection des juges de tous niveaux, bien que leur rôle puisse différer selon qu'il s'agit de tribunaux supérieurs ou subalternes.

Parmi les membres des conseils de la magistrature, on trouve souvent des représentants d'institutions différentes afin de contrôler l'influence d'éléments extérieurs sur le judiciaire ou pour réduire le contrôle de la cour suprême sur le reste du judiciaire. Le pouvoir judiciaire lui-même a un ou plusieurs représentants. Dans certains cas, les juges sont devenus les acteurs dominants des conseils. Souvent, l'exécutif a ses propres représentants. Enfin, dans certains pays, le corps législatif, le barreau et les facultés de droit peuvent être inclus.

Le pouvoir de nommer les membres du conseil est souvent partagé, ce qui augmente les contrôles implantés dans le système. Dans de nombreux cas, on a au moins la participation des pouvoirs législatif et exécutif. Dans certains pays, les organisations professionnelles (le barreau et les facultés de droit) nomment leurs propres

membres pour servir au conseil. (Il convient de noter qu'en Amérique Latine, le rôle de l'exécutif dans les conseils de la magistrature est bien moins proéminent. En général, les pays d'Amérique Latine n'ont pas suivi le modèle français d'une supervision rapprochée du judiciaire par l'exécutif. C'est pourquoi, dans cette région, les conseils de la magistrature se développent dans des circonstances quelque peu différentes de celles d'autres parties du monde.)

La composition et le rôle des conseils de la magistrature varient beaucoup d'un pays à l'autre, et il n'existe pas de réponse claire à la question de savoir quel modèle fonctionne le mieux. Dans chaque pays, l'arrangement optimal est déterminé par le contexte, voire même par ce qui était politiquement faisable à un moment donné. En fait, de nombreux pays, y compris la France, ont périodiquement changé leurs arrangements à mesure qu'ils cherchaient de meilleures solutions ou que les circonstances politiques changeaient. L'annexe I de l'article de Margaret Popkin relatif à l'Amérique Latine présente quelques-uns des nouveaux arrangements et des responsabilités nouvelles dans cette région.

Bien que dans la plupart des pays la création d'un conseil de la magistrature ait été un pas en avant vers l'indépendance judiciaire, les pays ont rarement été satisfaits avec leurs conseils et ont parfois eu de graves problèmes. Guiseppe Di Federico note dans son article relatif à l'Italie (voir section III) que la prédominance des juges au sein du conseil de ce pays et la manière dont ils sont nommés ont abouti à un processus d'évaluation et de promotion qui met très peu l'accent sur la qualité du travail des juges, ce qui se traduit par des incitations déformées. Au Venezuela, le conseil était, dès le début, fortement politisé ce qui a produit ce que les Vénézuéliens appelaient les « tribus juridiques », des groupes d'avocats et de juges appartenant au même parti ou à la même faction, chaque parti ou faction ayant son membre au conseil pour

garantir qu'il ou elle était représenté(e) à la cour. Finalement, le conseil vénézuélien a été supprimé. Dans d'autres cas, l'existence du conseil masque une politisation continuelle ou la domination de la nomination des juges par le législatif, l'exécutif ou la cour suprême.

d. *Quel processus de sélection fonctionne-t-il le mieux ?*

Aucun consensus n'est apparu quant à savoir quel est le processus de sélection qui fonctionne le mieux. Il y a tout simplement trop de variantes : la réussite de chacune dépend de l'histoire, de la culture et du contexte politique du pays ainsi que du problème que l'on cherche à résoudre. Ce qui convient dans un pays peut ne pas convenir dans un autre. Ceci dit, la meilleure approche pour aider un pays à améliorer son processus de sélection des juges est d'aider ceux qui s'occupent de la réforme à comprendre, analyser et passer en revue les possibilités, par tout l'éventail des mécanismes disponibles : voyages d'études à l'étranger, experts techniques qui viennent dans le pays, ateliers dirigés par des groupes de la société civile, etc.

Bien qu'il n'y ait pas de réponse directe à la question de savoir quel est le processus de sélection judiciaire qui convient le mieux, voici quelques principes pour guider le processus :

(1) La transparence : tous les experts consultés pour cette étude ont reconnu à une majorité écrasante que la mesure la plus importante à prendre pour réformer une procédure de sélection judiciaire est de renforcer la transparence à chaque étape. Ceci peut se faire de la façon suivante :

- Publier les listes de postes vacants avec beaucoup de publicité
- Faire connaître au public les noms des candidats, leur formation, et les procédures et critères de sélection

- Appeler le public à faire des commentaires sur les qualifications des candidats
- Répartir les responsabilités de la procédure entre deux entités séparées, l'une qui désigne les candidats et l'autre qui sélectionne et confirme. (Pour être efficace, les entités doivent être vraiment indépendantes l'une de l'autre et les recommandations de l'entité désignant les candidats doivent avoir un poids substantiel lorsque, par exemple, il y a trois candidats ou moins désignés pour chaque poste et que l'autorité de confirmation est limitée dans son choix à ces candidats.)

(2) La composition des conseils de la magistrature. Les conseils de la magistrature peuvent être efficaces lorsqu'on ajoute des acteurs supplémentaires au processus, diluant ainsi les influences politiques. On fait souvent des efforts importants pour obtenir un conseil qui soit conforme à cet objectif. Nos experts étaient d'accord que la transparence des procédures utilisées par le conseil est plus importante que la composition du conseil. Néanmoins, on était généralement d'accord sur plusieurs moyens par lesquels les membres d'un conseil de la magistrature peuvent améliorer sa façon d'assumer ses responsabilités :

- La participation du grand public au conseil, en particulier des avocats et professeurs de droit, peut aider à (a) préserver la transparence, (b) réduire le risque d'un contrôle par l'exécutif, des intérêts partisans ou encore la cour suprême, et (c) améliorer la qualité de la sélection des candidats.
- L'inclusion de juges subalternes, avec des juges de rang plus élevé, peut réduire une influence excessive des meneurs du pouvoir judiciaire,

qui sont souvent enclins à maintenir le statu quo.⁴

- Permettre aux membres, en particulier les juges, avocats et autres membres du grand public d'être choisis par le secteur qu'ils représentent, renforcera la possibilité qu'ils se sentent plus responsables vis-à-vis de leur propre groupe et plus autonomes vis-à-vis des autres acteurs. Dans la plupart des pays d'Europe et d'Amérique Latine, c'est cette procédure qui est appliquée. Dans les pays de l'Afrique anglophone, c'est le contraire – la plupart des membres des conseils judiciaires sont nommés par le président.

Il n'y avait pas de consensus clair quant à savoir si les membres du pouvoir législatif doivent être inclus dans le conseil. Dans de nombreux pays d'Europe (tant occidentale que centrale et orientale) des membres du pouvoir législatif siègent dans ces conseils, tandis qu'en Amérique Latine cela ne se fait que dans quelques pays.

(3) Une sélection fondée sur le mérite. Bien que le mérite doive être un élément important de sélection des juges de tous niveaux, dans les systèmes de droit civil, le terme s'applique généralement au processus de sélection des juges à l'entrée ou subalternes, au moyen d'une évaluation suivant un critère spécifique et souvent avec un examen. C'est là une approche courante dans les pays de droit civil.⁵

⁴ Voir les commentaires de Giuseppe Di Federico sur les problèmes de l'excès de prédominance des juges des tribunaux d'instance inférieure, dans son article relatif à l'Italie, dans la section III.

⁵ Aux États-Unis, la sélection fondée sur le mérite ne signifie rien de plus qu'une sélection fondée sur les recommandations d'une commission élargie.

L'utilisation d'une procédure plus objective et fondée sur le mérite peut constituer un grand pas en avant si on le compare aux procédures politiques ou personnelles traditionnelles. Cependant, il n'y a aucun consensus quant à la façon de tester les qualités qui font qu'un juge sera équitable et impartial. La plupart des examens d'entrée ne testent que l'intelligence et la connaissance du droit. Beaucoup d'efforts ont été faits pour concevoir des tests qui mesurent d'autres traits, tels que l'intégrité professionnelle, la volonté de travailler dur et la prise de décisions après délibérations, mais il n'y a aucun accord quant à leurs résultats.

Quelques pays ont développé un processus à plusieurs étapes avec une composante de formation. Au Chili, suite aux réformes de 1994, une campagne de recrutement encourage les avocats à poser leur candidature aux postes vacants.⁶ Les candidats sont évalués en se fondant sur leur éducation et des tests de connaissances, aptitudes et condition psychologique, puis sont soumis à un entretien. Ceux qui sont retenus suivent un cours de six mois à l'académie judiciaire et les diplômés ont la préférence par rapport aux candidats de l'extérieur pour les postes vacants.

La procédure chilienne, qui semble avoir été menée avec une transparence sans précédent, paraît avoir produit des résultats positifs. De bons candidats se sont présentés, ceux qui ont été choisis semblent objectivement avoir été les mieux qualifiés et les juges eux-mêmes disent qu'ils se sentent plus indépendants parce qu'ils savent qu'ils ont été sélectionnés selon leurs mérites et non en raison de leurs amis ou contacts. L'inconvénient évident du processus adopté au Chili est son coût. Peu de corps judiciaires ont les ressources nécessaires pour fournir une formation de longue durée à des candidats qui pourraient finalement ne pas être choisis comme juges.

⁶ Voir l'article de Margaret Popkin relatif à l'Amérique Latine, dans la section III.

LE PROCESSUS DE SÉLECTION EN GÉORGIE

La Cour suprême de Géorgie a fait passer un examen de qualification judiciaire pour les juges subalternes pour la première fois en 1998, utilisant un processus soigneusement contrôlé et suivi, et qui a été repris plusieurs fois depuis avec succès. Des observateurs internationaux ont suivi le premier examen pour voir s'il y avait des fraudes. Immédiatement après l'examen, les réponses étaient projetées sur un écran, et les candidats pouvaient comparer leurs réponses avec les résultats finaux. Les candidats admis étaient ensuite interrogés par le Conseil de la justice afin de pourvoir les postes vacants existants. Tout le processus a été largement suivi par les médias et a été considéré comme équitable et transparent, même par ceux qui avaient échoué.

Indépendamment des spécificités de la procédure de sélection fondée sur le mérite qui a été adoptée, la transparence est une fois de plus considérée comme un facteur capital.

(4) La diversité. Bien que la diversité soit rarement prise en compte dans les sélections judiciaires, de nombreux experts sont d'accord qu'il s'agit là d'un point important. Un corps judiciaire qui reflète la diversité de son pays a plus de chances de gagner la confiance du public, qui joue un rôle important dans la crédibilité du judiciaire.

2. *La sécurité du poste*

La sécurité du poste signifie qu'un juge ne peut pas être révoqué en cours de mandat, sauf pour une raison valable (par exemple, manquement éthique ou incapacité) selon une procédure officielle assortie de protections procédurales. La sécurité des postes est un élément fondamental de l'indépendance judiciaire. Il est universellement accepté que, si les juges peuvent être aisément ou arbitrairement révoqués, ils soient beaucoup plus

vulnérables aux pressions extérieures et intérieures dans les affaires qui leur sont soumises.

En France, la sécurité du poste (*inamovibilité*), introduite au 19^{ème} siècle, contient également une protection contre les transferts ou même les promotions sans le consentement de l'intéressé, concept particulièrement pertinent dans les pays de droit civil avec un système de carrière judiciaire. Par la suite, le modèle français a été introduit (bien qu'il ne soit pas rigoureusement appliqué) en Amérique Latine et, dans les années 1990, dans les pays d'Europe Centrale et Orientale.

a. *Évaluation de la performance, promotion et procédures disciplinaires*

Des procédures de promotion et de discipline appropriées, qui non seulement existent en théorie mais sont aussi appliquées en pratique, sont les mécanismes de base par lesquels la sécurité du poste est assurée. Un grand nombre de leçons qui s'appliquent à la nomination des juges s'appliquent également à leur promotion et à leur discipline.

- La transparence est une fois de plus le facteur primordial. Les critères gouvernant les décisions prises doivent être connus du public. Les opportunités de promotion doivent être publiées et les juges doivent être en mesure d'entrer en compétition selon un processus transparent.
- Pour réduire le potentiel d'abus, les décisions relatives aux promotions et à la discipline doivent reposer sur les critères les plus objectifs possibles. (Cependant, établir des critères objectifs est extrêmement difficile comme on le verra plus loin.)

- Si les pouvoirs législatif et/ou exécutif participent au processus, ils ne doivent pas avoir une influence excessive.
- L'opinion du public, des avocats et des professeurs de droit doit être sollicitée.
- Bien qu'elle ne soit pas couramment utilisée, une procédure en deux étapes peut augmenter la transparence et le poids des critères objectifs. Une autorité évalue la performance, et une autre autorité prend la décision concernant la promotion ou la discipline.

Évaluation de la performance et promotion.

Des procédures d'évaluation de la performance qui ne conviennent pas ou qui ne sont pas suivies en pratique peuvent aboutir à des influences intérieures ou extérieures qui affectent les décisions relatives aux promotions. Bien que tous soient d'accord qu'un processus d'évaluation équitable est un élément important pour protéger l'indépendance judiciaire, en réalité il est très difficile de définir des critères de promotion appropriés. En pratique, il n'existe aucun consensus quant à la façon dont les critères pertinents – ancienneté, efficacité, qualité des prises de décisions, et comportement au tribunal – doivent être évalués ou jugés.

Un certain niveau d'efficacité est toujours exigé des tribunaux et devient encore plus important à mesure que le pouvoir judiciaire reçoit un nombre croissant d'affaires à juger. C'est pourquoi les indicateurs quantitatifs sont nécessaires et souvent utilisés, mais il faut les examiner avec précaution. Par exemple, le nombre d'affaires tranchées en une période donnée peut parfois être trompeur et encourager une mauvaise performance telle que le fait de négliger les affaires difficiles, prêter attention à la rapidité plutôt qu'à la justice, falsifier les registres et manipuler les statistiques. Le nombre de jugements qui sont infirmés en

appel peut être un indicateur de valeur, mais son utilité peut varier selon les circonstances, telles que l'accès aux lois et aux décisions des cours d'appel. Des systèmes d'information plus sophistiqués peuvent surmonter certains de ces problèmes, et les systèmes automatisés permettent de fournir des données qui sont souvent plus utiles (par exemple, le temps moyen nécessaire pour disposer d'une série de dossiers).

Les indicateurs qualitatifs sont également nécessaires dans un processus d'évaluation, mais ceci ouvre la porte à ceux qui occupent des positions de rang plus élevé dans la hiérarchie judiciaire pour exercer une influence sur les juges subalternes. C'est particulièrement vrai lorsque ceux qui font l'évaluation ont aussi le pouvoir d'accorder des promotions ou d'imposer des mesures disciplinaires.

En raison de ces problèmes, certains réformateurs sont en faveur d'abolir les évaluations. Cependant, comme cela s'est produit en Italie, le fait de ne pas évaluer la performance ou de ne pas faire des promotions fondées sur le mérite pose le risque de sacrifier les normes professionnelles au nom de l'indépendance judiciaire.⁷ Développer les évaluations de la performance en consultant les juges à évaluer peut aider à atténuer certains de ces problèmes.

Les procédures disciplinaires. Lorsque les procédures disciplinaires sont correctement suivies, elles protègent l'intégrité du pouvoir judiciaire et son indépendance. Cependant, des mesures disciplinaires peuvent être prises pour des raisons politiques ou pour punir des juges qui prennent des décisions contraires aux vues de leurs supérieurs. Des différences substantielles qui pourraient être résolues par un appel devant un tribunal plus élevé peuvent à la place servir de fondement à des actions disciplinaires. Il n'est pas rare

⁷ Voir l'article de Guiseppa Di Federico relatif à l'Italie, dans la section III.

que les procédures disciplinaires soient entièrement contournées en démettant un juge de ses fonctions.

Une procédure disciplinaire bien structurée réduit la vulnérabilité aux abus qui affectent l'indépendance judiciaire. Les juges soumis à des mesures disciplinaires doivent être protégés par des procédures en bonne et due forme. Les pénalités doivent être proportionnelles à l'infraction. Les juges ne doivent être démis de leurs fonctions que pour incapacité officielle ou faute professionnelle qui serait grave et clairement spécifiée (par exemple, dans la loi ou dans le serment d'entrée en fonction).

L'organisme qui a le droit de prendre des mesures disciplinaires doit être structuré de façon à exclure les influences abusives. Certains experts recommandent que le pouvoir judiciaire lui-même ait une représentation substantielle.⁸ D'autres recommandent un organisme indépendant en plus du pouvoir judiciaire comme l'office de l'ombudsman. Des juges à la retraite et des juges dont l'intégrité est reconnue sont souvent des membres de valeur.⁹ Les organismes disciplinaires qui publient le nombre et les fondements des plaintes reçues ainsi que la façon dont elles ont été résolues, comme le font de nombreuses organisations aux États-Unis, améliorent la transparence du processus.

Nos collaborateurs nous mettent en garde de ce qu'il faut prendre certaines précautions lorsqu'un pays décide de s'attaquer aux fautes professionnelles judiciaires. Il arrive souvent que des juges aient été punis pour ne s'être pas conformés à de nouveaux codes d'éthique alors qu'ils n'étaient pas familiarisés avec ceux-ci codes ou avec la façon de les appliquer. Les codes doivent

⁸ Voir Appendice A, le Statut universel du juge, article 11, adoptée le 17 novembre 1999 par le Conseil général de l'Union internationale des magistrats.

⁹ Voir Appendice A, le Cadre de la Commission internationale des juristes.

être rendus publics et discutés avant d'être utilisés pour prendre des mesures disciplinaires contre les juges.

Le grand public doit pouvoir déposer des plaintes contre des juges pour faute professionnelle. Cependant, des mesures doivent être prises pour protéger contre des plaignants mécontents qui utiliseraient la procédure pour harceler des juges qui auraient pris des décisions contraires à leurs intérêts. La première méthode à cet égard consiste à exclure les plaintes sur les mérites des jugements. Les organisations de surveillance de la conduite judiciaire fonctionnant dans plusieurs états des États-Unis offrent de bons exemples de mécanismes efficaces de plaintes de la part des citoyens, dont un grand nombre prévoit la participation de représentants du public à ce processus.

b. Questions supplémentaires liées à la sécurité des postes

Bien que la plupart des problèmes liés à la permanence des postes soient semblables dans des systèmes et circonstances des plus variés, voici quelques questions qui se posent dans des contextes plus spécifiques et qui valent la peine d'être notés :

- Dans certains pays, la coutume veut que l'ensemble du corps judiciaire change lorsque le président du pays change, même lorsque les tribunaux d'instance inférieure fonctionnent avec un système de carrière et des protections officielles contre la révocation. Dans ces cas, les problèmes relatifs à la sécurité des postes font d'habitude partie de problèmes systémiques plus larges qui permettent la domination du judiciaire par l'exécutif ou sa politisation.
- Dans plusieurs pays, en particulier les pays d'Afrique anglophone, le président est autorisé à employer des juges pour des périodes limitées

afin de gérer l'accumulation excessive des affaires ou lorsque certains événements, des élections par exemple, exigent qu'un grand nombre d'affaires soient liquidées rapidement. Cependant, dans certains pays, cette pratique a été utilisée par les présidents pour contrôler le pouvoir judiciaire, ces juges étant soumis à leur bon vouloir. Les « Directives de Latimer House » (*Latimer House Guidelines*), adoptées par des juges et juristes de 20 pays du Commonwealth, recommandent que les juges temporaires bénéficient de mesures appropriées pour garantir la sécurité de leur poste.

- Dans plusieurs pays d'Europe Centrale et Orientale, les juges entament leur mandat avec une période d'essai (généralement de trois à cinq ans) et ce n'est qu'après confirmation qu'ils sont nommés à vie. Bien qu'il soit raisonnable d'avoir une période d'essai, ceci rend les juges vulnérables par rapport à ceux qui peuvent influencer le processus de confirmation. Pour que les juges à l'essai soient protégés, la procédure de confirmation doit être transparente et fondée sur le mérite. De plus, la période d'essai doit être aussi courte que possible et ces juges ne doivent pas recevoir des affaires pouvant donner lieu à controverse.

3. *Durée du poste*

La question de la durée du poste est étroitement liée à celle de sa sécurité. A mesure que les juges s'approchent de la fin de leur fonction, ils deviennent plus vulnérables à l'influence de ceux qui peuvent affecter leurs perspectives d'emploi. De plus, des juges qui pensent à leur prochain emploi peuvent modeler leurs

opinions d'une certaine manière, même sans pression de l'extérieur.

Il existe deux approches générales à la durée du poste : le poste à vie et le poste à terme. Au Royaume-Uni, au Canada et dans le système judiciaire fédéral des États-Unis, les juges sont nommés à vie, à moins d'être révoqués pour raison valable. Il en est de même pour la France et la plupart des pays d'Europe Occidentale, et la nomination à vie est de plus en plus la norme en Europe Centrale et Orientale. (Certains systèmes judiciaires ont des postes «à vie » mais une retraite obligatoire, par exemple à l'âge de 60 ou 70 ans.) Des postes à durée fixes sont courants dans d'autres pays et dans les tribunaux d'états et locaux aux États-Unis.

Tout comme pour les procédures de sélection, les facteurs en faveur de mandats à terme ou à vie peuvent être différents pour les tribunaux de rang élevé ou d'instance inférieure. Bien que la plupart des pays d'Europe et d'Amérique Latine aient maintenant des mandats à vie (au moins dans les textes) pour les juges des tribunaux d'instance inférieure, ils ont souvent opté de conserver les mandats à durée fixe pour les juges des cours suprêmes ou tribunaux constitutionnels. Ceci doit être compris dans le contexte du modèle du code civil français. En France, à l'origine et conformément aux restrictions visant à empêcher les juges de « faire la loi », le judiciaire n'avait pas l'autorité de contrôler la constitutionnalité des lois ou des décrets d'exécution. Cette restriction a été assouplie au cours des années, et des tribunaux constitutionnels spéciaux ont été créés en France pour exercer ces pouvoirs. Cependant le processus de révision est encore considéré comme quasi législatif et politique. Un mandat de durée fixe (avec la confirmation du tribunal par le législatif) a été perçu comme susceptible d'améliorer la probabilité que ce tribunal jouisse du respect d'une large portion de l'éventail politique et

demeure « en contact avec les valeurs qui changent ». ¹⁰

Afin d'augmenter l'indépendance judiciaire, la durée des mandats doit être suffisamment longue pour réduire la vulnérabilité des juges. Que la solution soit le mandat à vie ou à durée fixe dépend des origines historiques et culturelles du pouvoir judiciaire. Nous ne recommandons ni l'une ni l'autre. Les mandats à durée fixe peuvent avoir des problèmes en matière de protection des juges contre des influences inappropriées qui doivent être identifiés et dont il faut tenir compte. Cependant, le mandat à vie peut également avoir ses problèmes, y compris la perception d'une diminution de la responsabilité judiciaire.

Il existe plusieurs exemples de ce qu'on peut considérer une durée de mandat convenable. Au Guatemala, par exemple, un examen par le Rapporteur spécial des Nations Unies pour l'indépendance des juges et des avocats a conclu que le mandat de cinq ans de la Cour suprême du Guatemala était trop court pour fournir la sécurité du poste requise et a recommandé que la durée soit élevée à dix ans.¹¹ Une durée de mandat de 10 à 12 ans est courante en Europe Occidentale et en Europe Centrale.

Trois arguments sont généralement avancés contre l'augmentation de la durée du mandat des juges : (1) des mandats plus courts sont nécessaires pour éliminer les juges qui n'ont pas le niveau requis, (2) des mandats plus courts sont nécessaires pour assurer que le corps judiciaire reflète la volonté du peuple,

¹⁰ Linn Hambergren : « The Judicial Career in Latin America: An Overview of Theory and Experience » [La carrière judiciaire en Amérique Latine : la théorie et l'expérience pratique] (Banque mondiale, juin 1999), article non publié, disponible à l'IFES.

¹¹ Voir l'article de Margaret Popkin relatif à l'Amérique Latine, page 11/15, examinant le rapport du Rapporteur spécial sur la mission au Guatemala, daté du 6 janvier 2000, Document ONU E/CN.4/2000/61/Add. 1, paragraphes 61-63, dans la section III.

et enfin (3) les mandats de longue durée ou à vie protègent les juges qui sont « dans la poche de quelqu'un ».

En général, l'on peut résoudre ces questions en créant d'autres mesures de protection compatibles avec l'indépendance judiciaire. Le problème des juges n'ayant pas le niveau requis peut être résolu au moyen de procédures de sélection plus rigoureuses, de nominations à l'essai pour les nouveaux venus et de procédures pour révoquer les juges qui sont en dessous de certaines normes clairement définies. Même les corps judiciaires avec mandats à vie changent avec le temps suite aux départs à la retraite et à l'arrivée de nouveaux venus, ce qui maintient un contact courant avec les normes sociales en évolution. Quant au dernier argument, l'expérience a montré que les mandats de courte durée ont plus de chance de produire des juges vulnérables à des influences néfastes que les mandats de longue durée. Cependant, si un tribunal a été politisé ou est dominé par l'exécutif, il pourrait être conseillé de préparer un programme de réformes plus étendu, comprenant des changements de la procédure de sélection plutôt que la seule durée du mandat.

Deux problèmes se posent pour les mandats à durée fixe :

- Les mandats à durée fixe sont souvent déterminés de manière à coïncider avec l'élection du président et du corps législatif. Dans ces cas, la question de la durée fait généralement partie d'un ensemble plus large de problèmes, y compris le processus de sélection, conçus de façon à permettre à l'exécutif et/ou aux partis politiques de maintenir leur influence sur le judiciaire. Prolonger la durée du mandat judiciaire peut aider à résoudre ce problème, parce que les présidents ont presque toujours des mandats relativement courts. Échelonner les mandats peut aider à dépolitiser le

processus. Le Salvador, par exemple, a établi des mandats échelonnés de neuf ans pour sa cour suprême dans le cadre des réformes introduites pendant les négociations de paix.

- Lorsque les mandats fixes sont renouvelables (ou que les mandats permanents sont sujets à des révisions et des renouvellements périodiques) les juges peuvent se sentir limités durant leur premier mandat afin de ne pas offenser ceux qui pourraient influencer le renouvellement de leur nomination.

4. *La structure du pouvoir judiciaire*¹²

Comme nous l'avons noté dans l'introduction de ce guide, nous traitons principalement de l'indépendance du pouvoir judiciaire du point de vue de la capacité des juges de prendre des décisions impartiales, et non de l'indépendance structurelle de l'institution vis-à-vis des autres branches du gouvernement. Cependant, comme nous l'avons également noté, la relation structurelle du judiciaire avec le reste du gouvernement rend les juges plus ou moins vulnérables à l'ingérence.

Comme toutes les autres questions liées au pouvoir judiciaire, il n'existe pas d'approche universellement acceptée. Les deux modèles de base sont les suivants :

- Un pouvoir judiciaire dépendant d'un département de l'exécutif, habituellement le ministère de la justice, pour les fonctions administratives et budgétaires.
- Un pouvoir judiciaire qui est une branche séparée du gouvernement et

exerce le même degré d'autogestion et de contrôle budgétaire sur ses opérations que l'exécutif sur ses propres opérations.

Cependant, il existe de nombreuses variantes de ces modèles et de nombreux pays ont essayé diverses approches à différentes époques. Les États-Unis suivent le second modèle, comme quelques pays d'Europe occidentale et de nombreux pays d'Amérique Latine. Le premier modèle a été dominant en Europe, y compris au Royaume-Uni.

Bien que les pouvoirs judiciaires d'Europe aient atteint un degré élevé d'indépendance dans les prises de décisions dans le cadre du premier modèle, la tendance dans le monde – y compris en Europe – a été de transférer la totalité ou une partie des responsabilités administratives et budgétaires hors de l'exécutif. Les responsabilités administratives ont été confiées soit à un conseil de la magistrature, soit au pouvoir judiciaire lui-même ou encore, fait quelque peu inattendu, à un conseil au sein du pouvoir judiciaire. L'Italie et l'Espagne ont transféré des pouvoirs administratifs substantiels des ministères de la justice aux conseils de la magistrature et la France envisage de mettre en oeuvre une telle réforme. Parmi les pays de droit commun, les juges du Royaume Uni et du Canada ont de plus en plus de soutien en faveur d'une plus grande indépendance institutionnelle vis-à-vis des pouvoirs législatif et exécutif.

Aux États-Unis, la responsabilité de la gestion du pouvoir judiciaire a suivi une voie semblable.¹³ Jusqu'en 1939, les tribunaux fédéraux étaient sous la responsabilité administrative du pouvoir exécutif – tout d'abord le Département d'État, puis le Trésor, l'Intérieur et la Justice. Jusqu'au début du 20^{ème} siècle l'exécutif ne faisait guère plus que de payer

¹² Voir dans la section IV, l'article de William Davis relatif à l'administration du tribunal et l'article d'Eric Jensen relatif au contexte pour les programmes d'indépendance judiciaire.

¹³ Voir l'article de Mira Gur-Arie et Russell Wheeler relatif aux États-Unis, dans la section III.

les juges et le personnel et de fournir les bâtiments et le mobilier. A mesure que l'envergure et la complexité des opérations judiciaires augmentaient, les juges et d'autres affirmaient que la garantie des salaires et des postes ne suffisait plus à maintenir l'indépendance du judiciaire et, qui plus est, que le Département de la Justice était un administrateur indifférent. Bien que le Département de la Justice prenne d'habitude ses décisions en consultant les représentants du judiciaire, il pouvait, et quelques fois le faisait, refuser un appui financier en représailles à des décisions contraires aux intérêts de l'exécutif.

En réponse à toutes ces préoccupations le Congrès a créé l'Office administratif des tribunaux fédéraux des États-Unis, supervisé par la Conférence judiciaire, qui réunit maintenant des représentants de tous les niveaux du pouvoir judiciaire fédéral. Dans le cadre de cet arrangement, le pouvoir judiciaire fédéral gère ses propres fonds et opérations. Il prépare aussi sa propre demande de budget qui est soumise à l'Office du management et du budget (OMB). De par la loi, l'OMB doit inclure la proposition de budget du pouvoir judiciaire dans le budget soumis par le président au Congrès, sans changements, bien que l'OMB soit autorisé à faire des commentaires.

Bien qu'il existe des exemples clairs de prises de décision judiciaires indépendantes sous l'administration du pouvoir exécutif, la tendance à abandonner ce modèle montre qu'on se soucie du fait que la maîtrise du budget et de l'administration des tribunaux, surtout lorsqu'elle est combinée avec le contrôle de l'exécutif sur les nominations, les promotions et les mesures disciplinaires, permet à l'exécutif d'avoir une influence indésirable. Ce souci peut être particulièrement ressenti dans les pays où, dans le passé, l'exécutif dominait le judiciaire, comme dans les anciens états communistes. De plus, les relations du pouvoir judiciaire avec les autres branches

du gouvernement peuvent influencer la perception et les attentes du public quant à son indépendance. La constitution du Kenya, par exemple, est l'une des quelques constitutions de l'Afrique anglophone qui ne considère pas clairement le judiciaire comme un pouvoir séparé. L'expert kenyan qui a participé à cette étude a souligné que cette situation résulte en une perception par le public du judiciaire comme une annexe de l'exécutif.

Bien que le fait de confier la responsabilité administrative et budgétaire au judiciaire crée un cadre qui encourage une indépendance substantielle, ce n'est aucunement suffisant. Des problèmes peuvent se poser lorsque l'autorité administrative est transférée sans éveiller auparavant (ou en même temps) l'intérêt et renforcer la capacité des meneurs judiciaires d'assumer efficacement des responsabilités accrues, en portant l'attention tant aux tribunaux inférieurs qu'aux tribunaux supérieurs. Par exemple, l'absence de gestion professionnelle des tribunaux dans la province basque, en Espagne, a fait que l'administration est retournée au ministère de la justice. Dans le Commonwealth, la responsabilité pour les tribunaux était traditionnellement confiée au président de la cour suprême et aux membres du judiciaire aux échelons supérieurs. Lorsque le président de la cour suprême est indépendant, la responsabilité de l'administration a eu tendance à renforcer l'indépendance. En l'absence d'un tel commandement, on le perçoit comme étant superflu.

a. *Un budget suffisant*¹⁴

Il est généralement difficile d'établir un lien direct de cause à effet entre un budget judiciaire suffisant et l'indépendance judiciaire, mais il existe des liens indirects

¹⁴ Voir l'article de William Davis relatif à l'administration du tribunal et l'article d'Eric Jensen relatif au contexte pour les programmes d'indépendance judiciaire, dans la section IV.

substantiels. Un financement très insuffisant a presque toujours un impact sur le pouvoir judiciaire et son indépendance. Les services judiciaires qui n'ont pas de ressources suffisantes ne peuvent habituellement pas offrir les salaires, avantages et retraites nécessaires pour attirer et conserver des candidats qualifiés et, dans certains cas, diminuer la probabilité de corruption. Dans ces services judiciaires, les juges n'ont souvent pas accès au matériel juridique de base – lois, jugements des tribunaux supérieurs, commentaires – dont ils ont besoin pour prendre des décisions cohérentes et bien fondées. Ils peuvent manquer de moyens adéquats pour enregistrer correctement les séances orales, ce qui nuit aux procédures d'appel, à la transparence et à la responsabilité. Des budgets limités se traduisent par des conditions physiques de travail inadéquates, ce qui ruine la confiance envers le pouvoir judiciaire tant aux yeux du juge qu'à ceux du public et peut empêcher le pouvoir judiciaire d'être capable d'offrir toute la sécurité nécessaire pour bloquer les intimidations. La capacité et l'attitude des juges, la sécurité des juges et l'attitude du grand public envers le judiciaire – qui tous dépendent dans une très large mesure d'un budget suffisant – sont perçus comme des éléments essentiels pour renforcer l'indépendance judiciaire, comme nous le décrirons plus en détail ultérieurement.

Le lien entre le budget judiciaire et l'indépendance est plus direct lorsque les organismes extérieurs au pouvoir judiciaire viennent compléter un budget insuffisant. Dans plusieurs pays, les autorités locales et même les entreprises fournissent aux juges des produits et avantages nécessaires tels que de l'espace de bureau, des rabais pour l'éducation des enfants, le transport et le logement. En retour, ces bienfaiteurs espèrent au moins une considération compatissante de leurs affaires.

L'allocation du budget au sein du pouvoir judiciaire peut poser autant de problèmes que le montant absolu. L'indépendance des

juges subalternes vis-à-vis des juges de rang plus élevé est compromise lorsque la répartition des ressources au sein du pouvoir judiciaire est arbitraire, non transparente ou utilisée pour punir les tribunaux d'instance inférieure qui ne suivent pas les directives des tribunaux de rang plus élevé. Les juges qui président sont souvent ceux qui répartissent les avantages fournis par les autorités ou les entreprises locales, ce qui augmente la dépendance des juges du président de leur tribunal.

En supposant qu'un budget adéquat soit une composante essentielle de l'indépendance judiciaire, qu'est qu'un budget adéquat ? Ici encore il n'existe pas de recette simple pour répondre à la question. Ce qui est adéquat varie d'un pays à l'autre et est fondé, entre autres choses, sur les ressources à la disposition du gouvernement, le stade de développement du système juridique, l'importance de la population, le nombre de juges par habitant et des unités organisationnelles incluses dans le budget du pouvoir judiciaire (c'est-à-dire les juges, le conseil de la magistrature, les procureurs, la police, les avocats publics, les tribunaux militaires, les tribunaux du travail, et les tribunaux électoraux), et pour finir, sur la mesure dans laquelle les tribunaux sont utilisés ou seraient probablement utilisés s'ils étaient perçus comme étant équitables et efficaces.

Compte tenu de toutes ces variables, il est impossible en pratique de faire des comparaisons entre les pays. Cependant, quelques exemples nous offrent une fourchette des réalités actuelles. Aux Philippines, un peu plus de 1 pour cent du budget est alloué au pouvoir judiciaire. Au Pakistan, le chiffre est de 0,2 pour cent du budget national et 0,8 pour cent des budgets régionaux. La Roumanie allouait au pouvoir judiciaire 1,73 pour cent de son budget total pour l'année 2000. Au Costa Rica, la constitution exige du gouvernement d'allouer 6 pour cent de son budget total au pouvoir judiciaire ; cependant, le budget judiciaire inclut la police judiciaire, les

procureurs et autres services. Lorsque ces éléments sont soustraits, le chiffre se rapproche de 1,5 pour cent pour les juges et les tribunaux. Dans la plus grande partie de l'Afrique anglophone, les gouvernements consacrent moins de 1 pour cent de leur budget aux tribunaux.

Dans plusieurs pays, tout comme au Costa Rica, le pouvoir judiciaire reçoit un pourcentage du budget national fixé par la constitution. Ce modèle a plusieurs traits positifs : il protège le budget judiciaire contre les interventions politiques, il a une valeur éducative en suggérant ce qu'est un soutien adéquat pour le judiciaire et enfin, il offre un certain niveau de prédictibilité. Cependant cette pratique crée aussi des préoccupations. Premièrement, plusieurs pays qui ont des pourcentages exigés par la loi, tout simplement ne s'y conforment pas, souvent par des manipulations. A moins que le pourcentage soit solidement ancré dans les réalités budgétaires et jouisse du soutien entier des législateurs responsables du budget, il pourrait n'être que symbolique. Deuxièmement, dès qu'un minimum est fixé, il devient rapidement un maximum ; il est souvent difficile d'augmenter un montant qui a été garanti. Troisièmement, des pourcentages fixes peuvent en fait gêner la transparence, l'efficacité et le processus de consultation des tribunaux d'instance inférieure, parce que le pouvoir judiciaire n'est plus tenu de justifier devant le pouvoir législatif ce qu'il fait et comment il dépense les fonds.

Si un pouvoir judiciaire n'a pas de budget suffisant pour couvrir ses besoins, des fonds générés par le judiciaire peuvent fournir une alternative pour augmenter ces ressources. Les États-Unis nous donnent un exemple de cette pratique. A une certaine époque, le financement des tribunaux de première instance par le gouvernement de l'état et les autorités locales était insuffisant. Mais, face à une résistance populaire contre l'augmentation du soutien direct au pouvoir judiciaire, les tribunaux, avec l'approbation du pouvoir législatif, ont institué des droits

d'usage. Parmi les mesures pour générer des fonds supplémentaires au sein du judiciaire, notons : imposer des droits de dépôt de dossiers, permettre aux gains sur les fonds déposés au tribunal d'être alloués au judiciaire, permettre aux frais de justice perçus d'être remis au pouvoir judiciaire et permettre aux amendes et pénalités imposées par le tribunal d'être versées à son budget. Bien sûr, toutes ces pratiques sont controversées, et la dernière peut créer des conflits d'intérêt.

On entend couramment des plaintes selon lesquelles le budget du pouvoir judiciaire est insuffisant, et dans de nombreux cas c'est vrai. Néanmoins, les doléances relatives au besoin d'une augmentation des ressources ne doivent pas être prises à la lettre. Des augmentations budgétaires n'ont pas toujours produit une amélioration de la performance ou une plus grande indépendance. Il peut y avoir toute une série de raisons à cela. Il importe que les bailleurs de fonds et leurs homologues locaux analysent avec soin le budget d'un tribunal et la façon dont il est utilisé ainsi que ses opérations générales, avant de se faire les avocats d'une augmentation des ressources. Cette analyse peut souvent être faite par les experts locaux des finances publiques.

Un problème courant est la mauvaise allocation des ressources au sein du pouvoir judiciaire, plutôt que ou au-delà du manque général de ressources. Les tribunaux de rang supérieur ont souvent des installations somptueuses, des salaires élevés, un personnel nombreux et des budgets de déplacements généreux alors que les tribunaux d'instance inférieure manquent de papier et de crayons. Dans ces conditions, il pourrait ne pas être approprié de soutenir des augmentations budgétaires jusqu'à ce que les allocations soient justifiables.

Il arrive souvent que l'institution et ses ressources soient mal gérées. Une assistance visant à aider le pouvoir judiciaire à développer sa capacité de gestion peut se révéler très utile. Un élément important

consiste à aider le pouvoir judiciaire à planifier ses opérations sur une période raisonnable, déterminer ses besoins financiers et préparer des budgets responsables. La capacité du pouvoir judiciaire de présenter ses besoins financiers d'une manière professionnelle et globale augmente la probabilité qu'il reçoive les ressources nécessaires. Le concept selon lequel un administrateur professionnel viendrait assumer certaines fonctions de gestion assumées auparavant par les juges, est de plus en plus accepté dans de nombreux pays.

b. Le rôle des avocats privés et du barreau

Jusqu'ici nous avons examiné la manière dont les arrangements dans la structure du pouvoir judiciaire peuvent promouvoir l'indépendance judiciaire. Cependant, le pouvoir judiciaire ne constitue qu'un côté de l'équation. Les avocats qui exercent leur profession devant les tribunaux peuvent également avoir un impact majeur sur les opérations judiciaires. Les avocats peuvent être des meneurs des mouvements de réforme. Mais ils peuvent aussi être défenseurs acharnés du statu quo.

Les représentants juridiques de puissantes parties peuvent être des agents de corruption en transmettant des pots-de-vin ou en offrant d'autres types d'incitations malhonnêtes. Les avocats peuvent aussi avoir des contacts directs avec des fonctionnaires de haut rang qui peuvent faire pression sur les juges. Lorsque les avocats perdent un procès, ils peuvent accuser les juges de parti pris ou d'incompétence et mettre en doute la crédibilité du système dans son ensemble.

Un barreau qui se surveille rigoureusement pour prévenir ou éliminer des pratiques contraires à l'éthique peut apporter une forte contribution au système judiciaire. Bien que les barreaux de nombreux pays soient eux-mêmes problématiques, ils peuvent au mieux jouer un rôle important en maintenant les normes professionnelles de leurs

membres. En adoptant des codes d'éthique, en offrant des programmes de formation pour leurs membres, en dévoilant et en aidant le public à dévoiler des preuves de corruption et en établissant des mécanismes efficaces pour punir la corruption et autres comportements malhonnêtes de la part de leurs membres, les barreaux peuvent promouvoir l'indépendance judiciaire. Faire participer les membres du barreau à la planification des réformes destinées à promouvoir l'indépendance judiciaire peut offrir des opportunités pour éviter les malentendus, réduire l'opposition et élargir la base des réformes.

C. Le développement de la capacité et des attitudes judiciaires

Tous les experts participant à cette étude étaient d'accord sur le fait que les arrangements institutionnels du pouvoir judiciaire constituent un élément essentiel pour promouvoir l'indépendance judiciaire. Cependant ils ont également souligné l'importance du rôle joué par le juge individuel. Des juges qui ne sont pas suffisamment engagés envers le caractère sacré de l'indépendance judiciaire ou qui n'ont pas suffisamment de formation et de compétence sont plus vulnérables aux influences extérieures. Les participants à la table ronde du Guatemala ont tout particulièrement souligné l'impact d'un programme de formation éthique bien structuré.

Nous examinerons ci-dessous cinq approches qui se concentrent sur le développement de la capacité et des attitudes des juges individuels afin de promouvoir l'impartialité judiciaire : les programmes de formation, l'accès au matériel juridique, les codes d'éthique, le statut des juges (et les incitations) et les associations de juges.

1. *Les programmes de formation*

a. *L'éducation judiciaire continue*

De nombreux juges des démocraties en transition préfèrent se conformer aux attentes de leurs supérieurs parce qu'ils n'ont reçu que peu de formation sur les exigences de la loi ou sont habitués à accepter des directives de la part de fonctionnaires de haut niveau des pouvoirs exécutif ou judiciaire. Une variété de programmes d'éducation peut y remédier. De nombreux pays ont des écoles ou des centres de formation judiciaires qui sont chargés de la formation des juges débutants et de la formation continue de juges en fonction, et suivent pour cela le modèle européen. L'USAID a souvent soutenu ces centres.

Un problème courant concernant les écoles judiciaires est leur durabilité, ce qui n'est pas surprenant, eu égard aux budgets restreints de nombreux pouvoirs judiciaires. De nombreux pays d'Amérique Latine ont adopté un modèle moins coûteux (le pionnier étant le Costa Rica) selon lequel l'école a un personnel permanent très restreint. L'essentiel du travail organisationnel est accompli par des comités de juges et de membres de la communauté juridique tels que les professeurs de droit. La formation est assurée par des membres du groupe ou par contrat. En incorporant des juges à ce processus, y compris à la préparation du programme d'études, ce modèle garantit une formation pertinente où les juges viendront s'enrichir.

Une deuxième question relative à la formation judiciaire continue tient à son contenu et à son orientation. Les écoles judiciaires européennes ont penché en faveur d'approches qui soulignent la théorie juridique. La formation judiciaire américaine est en général très pratique avec des conseils sur les techniques permettant de traiter les affaires efficacement. Ceci s'explique en partie par les différences entre

les systèmes. Dans un système contradictoire, le juge s'appuie plus sur les avocats pour développer l'aspect juridique théorique des dossiers. Dans un système de droit civil non contradictoire, le juge doit maîtriser de nombreux domaines du droit ; la plupart des juges apprécie le bénéfice de la formation pratique pour leurs aptitudes professionnelles.

La troisième question est celle de savoir qui recevra la formation. De nombreux programmes de formation initiaux soutenus par les bailleurs de fonds se tiennent dans les capitales et, dans certains cas, s'adressent principalement aux meneurs du judiciaire. Cependant, la majorité de la population n'est en contact qu'avec les tribunaux d'instance inférieure. Pour cette raison, plusieurs de nos collaborateurs ont recommandé d'offrir plus de programmes aux tribunaux d'instance inférieure, spécialement à ceux qui ne sont pas dans la capitale, qui ont moins accès à la formation, au matériel juridique et aux approches modernes et qui, de ce fait, ont encore plus besoin de formation. Bien sûr, les programmes offerts aux juges d'instances inférieures peuvent avoir des problèmes de durabilité encore plus graves que ceux offerts aux juges meneurs et il importe donc d'atteindre ceux qui peuvent influencer la politique et aider à réaliser les réformes. Il faudra tenir compte de tous ces facteurs dans la planification des programmes de formation judiciaire. L'objectif à long terme doit être de développer une capacité locale de fournir une formation pratique aux juges débutants et aux juges en fonction à tous les niveaux, ainsi qu'au personnel des tribunaux, le tout sur une base durable.

b. *L'éthique judiciaire et la responsabilité*

Plusieurs collaborateurs nationaux ont souligné le fait que la formation en matière d'éthique judiciaire puisse avoir une influence importante sur la capacité d'un juge à être impartial. Même des juges qui ont l'intention d'agir avec impartialité

peuvent ne pas savoir quel est le choix correct dans certaines circonstances. Ceci est vrai aux États-Unis ainsi que dans d'autres pays. De plus, les juges dans de nombreux pays ont le problème de vivre dans une culture où l'on s'attend à ce que l'on aide sa famille et ses amis. La formation en matière d'éthique peut aider les juges à choisir dans des situations qui ne sont pas claires et renforcer leur aptitude à résister aux pressions culturelles. Très peu d'experts auprès desquels nous avons fait notre enquête pensaient que leur pays avait un code d'éthique efficace et des programmes de formation en place. Plusieurs points importants sont à noter pour la préparation de cette formation :

- Comme certaines normes d'éthique sont difficiles à transmettre et à appliquer dans l'abstrait, la formation la plus efficace consiste à faire des exercices basés sur des problèmes pratiques que les juges doivent souvent résoudre.
- Les séminaires en matière d'éthique, comprenant la participation de juges étrangers en visite, ont été très bien accueillis dans de nombreux pays, en particulier lorsque les juges en visite affirmaient avoir à se mesurer aux mêmes problèmes.
- Une approche positive peut avoir de meilleurs résultats. Un juge américain notait qu'alors que les juges risquent de s'offenser lorsque des experts étrangers leur parlent de lutte contre la corruption, discuter de questions communes d'éthique avec des collègues étrangers est parfaitement acceptable.
- L'impact de ces programmes sera d'autant plus grand s'il y a des contacts continus entre les juges étrangers et nationaux.

c. Le droit international et les droits de l'homme

La formation en droit international peut jouer un rôle en aidant les pouvoirs judiciaires à exercer leur indépendance vis-à-vis des pouvoirs législatif et exécutif et à contrôler les abus d'autorité de ces deux pouvoirs. Par exemple, en Argentine, les juges qui avaient participé à des séminaires relatifs au droit international et régional ont tenu compte des obligations juridiques internationales de leur pays dans des décisions limitant l'application des lois d'amnistie.¹⁵ Les tribunaux supérieurs de plusieurs pays de l'Afrique anglophone ont annulé des lois et attaqué des actes de l'exécutif sur le fondement du droit international.¹⁶ Des déclarations de principes relatives à l'indépendance judiciaire adoptées par des conférences internationales de juristes expérimentés ont également eu une influence, tout particulièrement dans le Commonwealth. Des conseils spécifiques et pratiques sur la façon d'appliquer le droit international devant les tribunaux nationaux auront souvent pour effet d'améliorer l'efficacité de ces programmes de formation.

d. Les voyages d'étude

Les voyages d'étude à l'étranger permettent aux juges d'échapper à une perspective modelée par leur propre culture et peuvent être particulièrement efficaces en leur offrant une nouvelle vision sur la façon dont un pouvoir judiciaire peut fonctionner pour être indépendant. Pour atteindre ces objectifs, les voyages doivent être planifiés avec soin pour présenter des sujets spécifiques et doivent offrir aux participants des occasions régulières de discuter de leurs observations et impressions. Les voyages d'études sont encore plus bénéfiques si l'on organise une communication de suivi, avec des rencontres périodiques qui encouragent

¹⁵ Voir l'article de Margaret Popkin relatif à l'Amérique Latine, dans la section III.

¹⁶ Voir l'article de Jennifer Widner relatif à l'Afrique Anglophone, dans la section III.

le développement d'une relation de collègue ou de mentor ou un échange de matériel professionnel. Les voyages d'études peuvent aussi jouer un rôle important en encourageant des réformateurs courageux à poursuivre leurs efforts.

e. La capacité de gouvernance du pouvoir judiciaire

Un système judiciaire qui exécute ses fonctions normales de manière ordonnée renforce la confiance et le respect du public, ce qui, à son tour, peut augmenter le soutien des pouvoirs législatif et exécutif pour une plus grande autonomie et plus de ressources. Les programmes de formation centrés sur les compétences gestionnaires et opérationnelles des employés du judiciaire peuvent contribuer de manière importante à l'indépendance judiciaire. La formation à la capacité de commandement sera souvent un élément crucial dans ce renforcement des capacités.

f. L'éducation juridique universitaire¹⁷

L'USAID et les autres bailleurs de fonds ont souvent hésité à inclure les activités des facultés de droit comme composantes importantes de leurs programmes sur l'état de droit. Ceci provient en partie du fait que l'enseignement universitaire a été considéré comme une approche indirecte et à trop long terme aux problèmes de l'état de droit, en particulier pour les bailleurs de fonds qui veulent des résultats tangibles en une période limitée. De plus, les universités publiques peuvent être des partenaires difficiles. Un grand nombre d'entre elles sont peu intéressées ou même opposées à introduire des réformes dans leurs programmes ou méthodes d'enseignement. Les problèmes au sein des facultés de droit peuvent n'être qu'une manifestation locale de questions bien plus étendues relatives à l'administration générale de l'université.

¹⁷ Voir l'article de Edwin Rekosh sur l'Europe de l'Est et l'Eurasie, dans la section III.

Cependant les collaborateurs ont tous été d'accord qu'une formation juridique universitaire déficiente constitue l'un des obstacles les plus sérieux au développement d'un pouvoir judiciaire vraiment indépendant. Chacun des experts régionaux et de nombreux collaborateurs nationaux ont identifié des points faibles dans l'enseignement des facultés de droit comme étant une source importante de problèmes d'indépendance judiciaire. D'importantes réformes juridiques au fond et procédurales introduites dans de nombreux pays au cours de ces dernières années ont également créé de nouveaux besoins de réforme des programmes d'enseignement dans les facultés de droit. Il en résulte que les bailleurs de fonds et les universités s'intéressent de plus en plus à la coopération internationale.

Au niveau le plus élémentaire, un enseignement déficient dans les facultés de droit peut aboutir à une liste trop restreinte de candidats pour des postes judiciaires au niveau débutant. Bien que la formation des juges puisse être une approche valable pour améliorer leur capacité, elle ne peut pas remédier entièrement à une formation médiocre reçue dans une faculté de droit. De plus, dans la mesure où les programmes de formation judiciaire essayent d'y remédier, ils ont des dépenses qu'ils ne devraient pas avoir, ce qui étire encore plus des budgets judiciaires déjà limités.

En plus de l'apprentissage de compétences professionnelles, les étudiants en droit devraient acquérir les valeurs et les attitudes éthiques qu'ils devront assumer pendant toute leur carrière. Les universités américaines et autres universités introduisent des cours d'éthique spécifiques dans leurs programmes d'enseignement et mettent un accent important sur d'autres cours et activités relatifs au développement des attitudes éthiques et au respect de l'état de droit. Ces cours sont tout aussi importants dans la plupart des pays où les bailleurs de fonds financent des programmes en matière d'état de droit.

Une autre méthode qui a réussi à transformer les attitudes (et à développer des compétences juridiques substantielles) est l'éducation juridique clinique : les étudiants fournissent des services juridiques dans des affaires réelles à des gens qui sans cela n'auraient pas accès à un avocat, et reçoivent ainsi une formation pour des aptitudes juridiques dans une composante parallèle à la salle de classe. L'éducation clinique permet aussi aux étudiants d'apprendre de première main l'importance cruciale de juges impartiaux et dévoués. Cela leur donne également l'occasion de travailler de près avec des groupes désavantagés, qui, sans cela, resteraient hors du champ de leur expérience. Leurs compétences et expériences peuvent être cruciales pour modeler les générations futures de juges et d'avocats qui seront équipés pour développer, respecter et collaborer avec un pouvoir judiciaire fort et indépendant. Les bailleurs de fonds ont soutenu des dizaines de programmes d'éducation juridique clinique à travers l'Europe et l'Eurasie à un coût relativement bas. Un grand nombre de participants à ces programmes se sont joints ou ont même créé des ONGs juridiques d'intérêt public et plusieurs sont devenus juges.

2. *L'accès au matériel juridique*

Afin de fonder leurs décisions sur un raisonnement juridique, les juges doivent avoir accès aux lois, aux décisions de tribunaux d'instances plus élevées et aux autres éléments de jurisprudence. En particulier, la connaissance des décisions judiciaires peut être importante pour la perception de l'impartialité. Dans des affaires semblables, les juges doivent aboutir aux mêmes conclusions s'ils veulent être considérés comme équitables et impartiaux. C'est vrai tant dans les pays de droit commun que dans les pays de droit civil. Et même si les décisions des tribunaux d'instance supérieure ne lient pas les tribunaux d'instance inférieure dans les juridictions de code civil, elles aident les

tribunaux d'instance inférieure à prendre des décisions mieux informées et sont donc importantes pour promouvoir la cohérence et l'apparence d'équité. Une utilisation étendue des technologies de télécommunication permet souvent au matériel juridique de toute sorte d'être directement disponible à bas prix.

3. *Les codes d'éthique*

De nombreux pays ont adopté des codes d'éthique dans le cadre du processus de réforme judiciaire. Les codes d'éthique prennent toute leur valeur dans la mesure où ils stimulent le débat et la compréhension parmi les juges, ainsi qu'au sein du grand public, sur ce qui rend un comportement acceptable ou inacceptable. Ils peuvent également inspirer la confiance du public sur ce que des mesures concrètes sont prises pour améliorer l'intégrité du pouvoir judiciaire.

Comme le débat et la discussion des questions d'éthique sont l'un des résultats les plus importants de la publication d'un code d'éthique, le processus de préparation du code peut être aussi important que le code lui-même. L'idéal est qu'un projet de code soit préparé par le judiciaire ou une association de juges, avec une grande contribution des juristes et avocats, des meneurs de la société civile et autres personnes ayant l'expérience des tribunaux. S'il existe une commission judiciaire dans un pays, c'est une tâche qui pourrait convenir à cet organisme. Les codes d'éthique judiciaire ne devraient pas être préparés par le législatif ou l'exécutif.

Plusieurs modèles peuvent inspirer la préparation du code d'éthique (par exemple, la Charte européenne des magistrats et le modèle du Barreau des États-Unis). Cependant, comme dans toutes les questions examinées dans ce document, les éléments spécifiques de l'éthique judiciaire seront déterminés par le contexte local. Ce qui semble être clairement conforme ou non conforme à l'éthique dans un pays peut être

plus confus dans un autre. Par exemple, la liberté apparente de nombreux juges européens de s'engager dans la politique ou le système des élections judiciaires dans un certain nombre d'états des États-Unis serait inacceptable dans d'autres pays.

La plupart des pays de code civil ont déjà des lois qui définissent les crimes applicables à la performance judiciaire. Les lois organiques et les règlements du pouvoir judiciaire définissent également des paramètres de comportement. Si un code d'éthique est établi, il faut s'assurer qu'il pourra s'insérer dans le cadre juridique existant.

De plus, le pouvoir judiciaire devra avoir un mécanisme lui permettant d'interpréter le code et de maintenir un registre de ces interprétations accessible par ceux qui cherchent des directives. Les juges ne doivent pas être seuls chargés de déterminer comment les termes généraux d'un code s'appliquent à des situations particulières. La question de l'application du code devra aussi être abordée. La plupart des experts que nous avons inclus dans notre enquête ne pensaient pas que les codes étaient efficacement appliqués dans les pays qui en avaient déjà un.

Bien que les codes soient destinés à avoir un effet positif sur l'indépendance judiciaire, les collaborateurs ont signalé quelques abus potentiels. Premièrement, les codes ont parfois été utilisés pour punir des juges qui n'avaient pas entièrement saisi les détails de ces codes et quels comportements étaient interdits. Deuxièmement, ils ont été utilisés pour punir des juges considérés « trop indépendants ». Les deux problèmes se posaient plus fréquemment lorsqu'un code était adopté sans qu'il y ait eu une discussion approfondie entre les juges et dans le grand public. Dès lors, nos collaborateurs nous prient de ne pas utiliser les codes comme base d'actions disciplinaires jusqu'à ce qu'ils aient été bien connus et compris. Généralement, ceci ne créera pas de vide concernant la discipline,

puisque le serment des juges suffit d'habitude pour justifier les mesures disciplinaires.

4. *Le statut des juges*

Un thème repris par nos collaborateurs est que la carrière judiciaire est mal considérée dans de nombreux pays. Le bas statut des juges se reflète presque invariablement dans de bas salaires et de mauvaises conditions de travail. Dans ces conditions, il est plus difficile aux juges de maintenir un sens de la dignité de la profession. Bien que la relation entre le respect de soi, l'indépendance et l'impartialité des prises de décisions soit quelque peu intangible, le sentiment général est que des juges qui ne se respectent pas en tant que professionnels ont moins de chances de résister à la corruption et autres pressions extérieures.

La question est donc la suivante : comment augmenter, chez les juges, le respect de soi ? Il est clair qu'une partie de la réponse est extérieure au juge lui-même et se trouve dans l'attitude du grand public envers le pouvoir judiciaire. Cette question sera examinée en détail ultérieurement.

Quant à l'attitude des juges eux-mêmes, les salaires et les avantages sont des facteurs clés. La relation entre le salaire et l'indépendance judiciaire n'est pas aussi directe qu'on pourrait s'y attendre. Les juges qui ont participé à cette étude étaient clairement d'accord que des salaires respectables constituent un élément nécessaire de l'indépendance judiciaire. Au niveau le plus élémentaire, il est difficile de réduire la petite corruption parmi les juges s'ils ne sont pas capables de pourvoir aux besoins essentiels de leurs familles. Augmenter les salaires lorsqu'ils étaient extrêmement bas semble aussi être la manière la plus rapide d'améliorer le statut du corps judiciaire, d'augmenter le respect de soi des juges et d'attirer une liste plus grande de candidats qualifiés qui seraient plus enclins et mieux équipés pour garder l'intégrité de la fonction. Au cours de ces

dernières années, plusieurs pays ont augmenté les salaires et rendu les postes judiciaires plus attrayants, en particulier la Bulgarie, la Géorgie, le Guatemala, le Kirghizistan, la Roumanie et l'Ouganda.

Cependant, on ignore si des salaires plus élevés réduisent la tentation d'accepter des pots-de-vin, surtout parmi les juges qui trempent déjà dans une culture de corruption et qui auraient accepté le poste à cause de son potentiel d'exploitation.¹⁸ Une étude récente de la Banque mondiale (qui n'abordait pas spécifiquement les questions judiciaires) a conclu qu'il n'y avait pas de preuves selon lesquelles l'augmentation des salaires sans prendre d'autres mesures pouvait mener à une réduction significative de la corruption. Il semblerait plutôt que la réduction de la corruption soit plus étroitement liée à l'augmentation de la transparence et à des pratiques de recrutement, de promotion et de discipline fondées sur le mérite.¹⁹ C'est pourquoi il importe d'inclure des augmentations de salaire dans un ensemble qui comprendrait ces autres aspects de la réforme.

Les retraites sont également une composante importante d'un ensemble de bénéfices. Une retraite confortable (si elle est combinée avec un poste à vie) augmente la probabilité que les juges continuent de servir jusqu'à la fin de leur vie. Ceci, à son tour, augmente l'incitation à résister à la corruption, en supposant qu'il y ait un risque crédible de détection et d'action disciplinaire. Lorsque l'argent est alloué pour augmenter les salaires judiciaires, il faut envisager d'accorder les plus grandes augmentations de salaire aux juges qui servent depuis de

¹⁸ Voir l'article d'Eric Jensen relatif au contexte pour les programmes d'indépendance judiciaire, dans la section IV.

¹⁹ Vinod Thomas *et al.*, « The Quality of Growth » [La qualité de la croissance] (Banque mondiale et Presses Universitaires d'Oxford, septembre 2000), chapitre 6. Le texte peut être téléchargé à : <http://www.worldbank.org/wbi/qualityofgrowth/>

LE POUVOIR JUDICIAIRE GUATÉMALTÈQUE

En octobre 1998, le pouvoir judiciaire guatémaltèque inaugurerait son premier greffe de tribunal, à Guatemala City. Au cours de l'année précédente, 1.061 dossiers avaient été « perdus » dans sept des onze tribunaux de la capitale. Il en a résulté que de nombreux accusés restaient en prison sans laisser de traces, alors que d'autres n'étaient pas poursuivis. Un an après la création du nouveau bureau et de la mise en route du système de gestion des registres, un seul dossier avait été perdu, et la personne responsable était identifiée et poursuivie. Les autres caractéristiques du nouveau système incluent une affectation des dossiers équitable et transparente qui a éliminé la pratique des juges de faire du « shopping » dans les dossiers et réduit la congestion dans des tribunaux surchargés, une application automatique des délais procéduraux et la production de données fiables qui a permis une programmation efficace.

nombreuses années ou encore d'augmenter les retraites.

D'autres incitations peuvent également être importantes pour renforcer le respect de soi des juges, telles que des conditions physiques adéquates, des opportunités croissantes de formation continue et une réduction des responsabilités administratives.

5. *Les Associations de juges*

Dans de nombreux pays, les associations de juges n'ont été principalement que des syndicats d'employés créés pour plaider en faveur de meilleurs avantages. Dans ces cas-là, elles ont rarement été des agents de réforme. Toutefois, dans d'autres pays, elles ont joué un rôle clé. Dans le meilleur des cas, les associations de juges peuvent contribuer à la transformation des attitudes judiciaires :

- En encourageant un sens du professionnalisme, de l'entente entre collègues, et de l'amour-propre des juges, qui est particulièrement important dans les pays où la profession n'est pas bien considérée.
- En développant et se faisant l'avocat convaincant d'un code d'éthique. (Ils peuvent adopter leur propre code informel et autres mécanismes d'auto-réglementation, et rehausser la conscience des questions d'éthique, en particulier par des publications et une formation juridique continue.)
- En soutenant les efforts de formation, fournissant une base institutionnelle et développant et diffusant du matériel de formation et autres publications.
- En développant un commandement juridique et se faisant l'avocat des réformes.

D. L'augmentation de la transparence

Tout au long de ce guide, nous avons souligné l'importance de la transparence en tant qu'élément clé de la réduction des influences extérieures et d'encouragement de l'indépendance. Cette sous-section décrit cinq autres moyens d'augmenter la transparence des opérations des tribunaux et du processus judiciaire.

1. La transparence des opérations des tribunaux

Augmenter l'efficacité est l'un des objectifs principaux des programmes tendant à moderniser l'administration des tribunaux. Cependant, un objectif tout aussi important consiste à augmenter la transparence des opérations des tribunaux. L'organisation et les procédures d'un tribunal peuvent soit être à l'origine d'un fonctionnement

transparent avec des contrôles internes grâce auxquels il sera beaucoup plus difficile de s'ingérer dans les décisions judiciaires, soit avoir l'effet contraire, c'est-à-dire faciliter cette ingérence.²⁰

La transparence commence avec l'organisation du tribunal. Dans la plupart des pays d'Amérique Latine, l'organisation des tribunaux n'a pas changé depuis plusieurs centaines d'années. Selon le modèle le plus courant, chaque juge avait son propre personnel responsable du traitement de tous les aspects d'une affaire, créant ainsi des unités qui étaient en pratique des tribunaux en eux-mêmes. Bien que cet arrangement puisse permettre à un bon juge de mieux contrôler son personnel assistant, il peut aussi mener à des abus, surtout dans un système écrit où un juge ou un greffier peut aisément altérer ou supprimer des documents qui changeraient la direction du jugement, avec peu de risque d'être pris. Récemment, la création de fonctions communes d'appui et de gestion des registres a commencé à s'étendre avec pour résultat la réduction des opportunités de pots-de-vin, d'intimidation ou de manipulation.

Une bonne gestion des registres est également un élément essentiel pour la réduction des influences négatives. Dans un tribunal où la gestion des registres est mauvaise, il n'est pas rare que des dossiers d'affaires controversées soient « perdus » ou que des documents soient altérés. Sans dossier, la poursuite ou la plainte civile ne peut progresser. Ceci est assez courant dans les systèmes judiciaires dont les systèmes de gestion des registres sont si désorganisés qu'il est impossible d'identifier la personne responsable si quelque chose arrive à un dossier. Un bon système de gestion des registres fera le suivi des personnes responsables des dossiers à tout moment et créera une enceinte de classement sécurisée pour les dossiers inactifs.

²⁰ Voir l'article de William Davis relatif à l'administration du tribunal, dans la section IV.

L'affectation initiale d'une affaire à un juge particulier est un autre élément crucial des procédures du tribunal. Il n'y a souvent pas de procédure standard pour enregistrer et répartir les affaires entre les juges. En l'absence de procédures claires, il est plus aisé de donner des pots-de-vin ou d'user d'autres formes plus subtiles d'influence pour affecter une affaire à un juge qui serait favorable ou un juge qui a reçu un pot-de-vin en garantie du résultat. Utiliser un mécanisme tel que l'affectation des affaires au hasard réduit considérablement les opportunités d'influences inappropriées à ce stade. Bien que l'affectation des affaires au hasard puisse susciter des plaintes selon lesquelles des juges n'ayant pas assez d'expertise ou d'expérience reçoivent des affaires qu'ils ne peuvent traiter, la réponse du système des tribunaux fédéraux a été que le coût d'une courbe d'étude à forte pente vaut (1) les bénéfices que la courbe fournit au système dans son ensemble et (2) la protection garantie par l'affectation au hasard.

2. *La publication des décisions judiciaires*

Dans de nombreux pays, les juges, sauf aux niveaux les plus élevés, ne mentionnent pas les motifs de leurs décisions, ni oralement, ni par écrit. Si les décisions sont écrites, leur motivation se limite le plus souvent à quelques phrases. Même les décisions des cours d'appel ont tendance à être brèves, surtout dans les systèmes de droit civil. Elles décrivent simplement les faits et citent les textes de loi applicables et éventuellement quelques cas pertinents.

Même lorsque les décisions sont enregistrées, elles peuvent ne pas être publiées, de telle manière que seules les parties de l'affaire peuvent y accéder. Si les décisions sont publiées, elles peuvent ne pas être classées et ne sont donc pas directement accessibles.

Exiger des juges qu'ils expriment les motifs de leurs décisions dans des opinions

publiées tend à les dissuader de prendre des décisions fondées sur des considérations autres que la loi et les faits. Les décisions publiques améliorent aussi la cohérence du droit et la compréhension du public, laquelle, à son tour, augmente l'appui qu'il apporte au pouvoir judiciaire. Publier les décisions peut également inciter les juges qui sont fiers de leur capacité d'analyse juridique approfondie. En Pologne, la publication des noms des juges avec leurs décisions a été considérée comme une réforme significative.

Cependant, les bénéfices de la publication des opinions sont quelque peu atténués par d'autres considérations. Dans de nombreux cas, seules les parties s'intéressent aux motifs d'une décision et publier toutes les décisions risque d'encombrer le système. Des juges qui sont trop centrés sur une analyse juridique approfondie peuvent créer des retards inutiles dans des affaires qui ont simplement besoin d'une solution. Il faut atteindre un certain équilibre. Publier toutes les décisions peut être ni faisable ni désirable, surtout si les ressources sont limitées. Cependant, le minimum consiste à exiger des tribunaux (1) de présenter aux parties un rapport suffisant pour expliquer la décision et (2) de publier les critères utilisés pour déterminer si les opinions seront publiées ou non.

3. *Les réformes de la procédure pénale qui augmentent la transparence*

Au cours de la dernière décennie, de nombreux pays d'Amérique Latine ont suivi l'exemple de certains pays d'Europe Occidentale en réformant leurs Codes de procédure pénale pour s'écarter des méthodes écrites et inquisitoires qui faisaient partie de l'héritage du droit civil. Les nouveaux codes ont introduit des procédures qui sont orales, contradictoires et publiques. Certains pays d'Europe Centrale et Orientale (en particulier la Géorgie et la

Russie) envisagent également de telles réformes.

Sous l'empire de l'ancien système, tous les témoignages, y compris les déclarations des témoins, étaient écrits et classés dans le dossier de l'affaire. Les décisions étaient prises sur le seul fondement du dossier écrit. Les juges ne devaient ni tenir des audiences, ni même rencontrer les parties. Le juge était l'acteur principal de ce processus et jouait des rôles multiples, incluant diriger (ou même effectuer) l'investigation initiale, décider de poursuivre ou non, déterminer la culpabilité et imposer la sentence. Dans de nombreux pays, un seul juge était chargé de toutes ces phases dans une même affaire. Les avocats n'avaient pas la possibilité d'interroger les témoins ; le juge avait la responsabilité principale de la préparation du dossier. On ne demandait pas aux juges d'articuler ou de rédiger la motivation de leurs décisions. Les accusés n'étaient souvent pas au courant des motifs des décisions du juge. Enfin, les procédures étant entièrement écrites, le public n'avait pratiquement pas la possibilité d'observer ou de suivre une affaire à mesure qu'elle progressait.

L'absence de transparence et la concentration des fonctions entre les mains du juge constituaient une grave menace à l'indépendance judiciaire. Ces caractéristiques rendaient possible et, en fait, permettaient aisément aux juges des tribunaux, d'agir de façon arbitraire et abusive. Elles n'offraient aucune protection contre l'intimidation de juges qui voulaient agir honnêtement. Le fait que toutes les décisions étaient fondées sur des documents écrits permettait également au juge de déléguer des responsabilités importantes au personnel assistant, qui pouvait être encore plus ouvert que les juges aux influences malhonnêtes.

Un autre ennui avec les anciens codes était que les accusés n'avaient que peu de protection et étaient habituellement maintenus en détention préventive, parfois

pendant des années, avant d'être reconnus coupables ou libérés. Pour finir, les procédures d'appel, par lesquelles les tribunaux pouvaient revoir les faits de l'affaire et les questions de droit, n'offraient que peu de contrôle sur les décisions arbitraires et la corruption, se contentant d'ajouter un autre niveau de prise de décision manquant de transparence.

Ces réformes de la procédure pénale lancées au cours de la dernière décennie ont été conçues pour mieux protéger les droits des suspects et des victimes, et augmenter l'efficacité du système. Un autre objectif était d'augmenter la rapidité des procès. (Lors des premières années des nouveaux codes, les procédures n'ont peut-être pas été plus efficaces, les procureurs hésitant souvent à négocier la culpabilité. Cependant, à mesure que les procureurs acquièrent plus d'expérience et de confiance envers la négociation, les procédures devraient être plus rapides que dans l'ancien système essentiellement écrit.)

Bien que les nouveaux codes varient de façon substantielle, on peut citer les points communs suivants :

- Les moyens de preuve sont présentés oralement en présence des parties, et le public est invité à observer.
- Les parties ont l'occasion de présenter leurs propres preuves et d'examiner celles de la partie adverse.
- Les juges doivent délibérer et rendre leur jugement immédiatement après la présentation des faits au cours d'un procès continu. Ils doivent motiver leurs décisions et leurs motifs doivent être publiés dans un court délai – généralement pas plus de deux semaines – suite au prononcé du jugement, afin de faciliter les appels.

- Les cours d'appel ne peuvent revoir que les questions de droit, à l'exclusion des questions de fait. (Les réformateurs d'Amérique Latine étaient convaincus de l'importance de cette réforme, surtout là où les tribunaux avaient eu l'opportunité d'entendre les témoins et d'évaluer leur crédibilité.)
- Dans certains pays, la plupart des fonctions d'investigation et la décision d'engager des poursuites ont été confiées à des procureurs indépendants du corps judiciaire.

Des propositions d'étendre ces réformes aux codes de procédure civile sont à l'ordre du jour dans plusieurs pays.

4. *Surveillance des tribunaux par la société civile, les universitaires et les médias*

Le contrôle externe des tribunaux peut être un outil puissant pour améliorer l'indépendance judiciaire. A mesure que des procédures transparentes sont incorporées, un contrôle efficace devient plus réalisable, ce qui multiplie l'impact des réformes initiales. Il est plus facile de contrôler un système judiciaire qui fonctionne selon des pratiques structurées et transparentes qu'un système qui est intentionnellement opaque ou simplement désorganisé et chaotique. Les statistiques produites par de bons systèmes d'information et de suivi des dossiers permettent non seulement au tribunal de mieux gérer ses opérations, mais aussi aux organisations de surveillance extérieures d'observer les tendances et identifier les aberrations douteuses. Lorsque l'on soutient la mise en place de ces systèmes, il importe d'aider les tribunaux à renforcer la confiance en permettant au public d'accéder à toute l'information possible.

Les organisations de droits de l'homme, les barreaux et les pourvoyeurs de services juridiques sont parmi les groupes qui

contrôlent habituellement le fonctionnement des tribunaux. Il arrive même parfois que le contrôle soit fait par une organisation gouvernementale, qui est à la tête de la réforme. Les organisations universitaires peuvent jouer un rôle légèrement différent, en menant des recherches indépendantes relatives au pouvoir judiciaire pour examiner plus en profondeur des facteurs liés à son indépendance. Les collaborateurs de ce guide ont fortement encouragé ce type de recherche universitaire et ont souligné son potentiel à long terme.²¹

La surveillance des tribunaux par les médias peut également jouer un rôle positif, mais cette approche est plus difficile. Les projets de journalisme d'investigation n'ont pas toujours réussi. Même lorsque les journalistes sont bien formés et que les médias ne sont pas contrôlés par le gouvernement, les propriétaires, avec leurs propres partis pris et connexions contrôlent souvent le contenu. De plus, il arrive tout simplement que les médias ne soient pas disposés à ou soient incapables d'engager les fonds pour enquêter sur les affaires.

Aux Philippines, comme alternative, une organisation dont le but spécifique était de documenter et exposer les cas de corruption, en particulier au sein du pouvoir judiciaire, a reçu un certain soutien. Une recherche approfondie faite par ce groupe, le Centre philippin du journalisme d'investigation, a abouti dans un cas précis à la démission d'un juge de la cour suprême. Cependant, les bailleurs de fonds doivent avoir à l'esprit que dans certaines circonstances, l'appui d'un bailleur de fonds, surtout lorsqu'il s'agit d'un seul donateur, peut entacher la crédibilité de la recherche et faire croire qu'elle était motivée par un ordre du jour étranger.

²¹ Voir l'article de Margaret Popkin relatif à l'Amérique Latine dans la section III et l'article de Stephen Golub relatif à la société civile, dans la section IV.

5. ***Déclaration des biens, revenus et avantages des juges et appartenance à des associations***

Bien que les juges s'opposent souvent à la divulgation de leurs finances privées qu'ils considèrent comme une ingérence dans leur vie privée, cette divulgation est presque toujours considérée comme un moyen efficace de décourager la corruption, les conflits d'intérêts et l'utilisation malhonnête des fonds publics. Les lois en vigueur exigent en général la déclaration des biens et obligations des juges lorsqu'ils sont nommés et par la suite une fois par an, afin de permettre de poser des questions sur des acquisitions de richesses inexplicables ou de possibles conflits d'intérêts. Ici encore, les groupes de la société civile et les médias jouent un rôle essentiel en veillant à ce que ces lois soient appliquées et que l'information fournie soit précise, utile et complète.

E. **La promotion du respect sociétal pour le rôle d'un pouvoir judiciaire impartial**

Jusqu'ici nous avons examiné plusieurs mesures concrètes visant à promouvoir l'indépendance et l'impartialité judiciaires. Toutes sont importantes, cependant, un observateur qui suit les tribunaux du monde entier depuis longtemps a désigné un facteur moins tangible comme l'élément le plus important affectant l'indépendance judiciaire : les attentes de la société. Si la société attend et exige un judiciaire honnête, elle l'obtiendra probablement. Si les attentes sont faibles, la probabilité que le judiciaire fonctionne de manière équitable est tout aussi faible.

Toutes les réformes examinées dans ce guide peuvent aider le pouvoir judiciaire à développer le respect du public et renforcer ses attentes. Nous examinerons ci-dessous quatre sujets supplémentaires tout particulièrement liés au renforcement du

respect envers un pouvoir judiciaire indépendant.

1. ***Le pouvoir de contrôle de constitutionnalité***

Le pouvoir de contrôle de constitutionnalité est le pouvoir des tribunaux de déclarer conformes ou non à la constitution les lois et les actions du pouvoir exécutif. Bien que dans la plupart des pays les pouvoirs judiciaires exercent un certain degré de contrôle de constitutionnalité, les arrangements varient d'un pays à l'autre. Dans la plupart des pays de droit commun, y compris les États-Unis, tous les tribunaux ordinaires sont autorisés à déclarer que les lois ou les décrets sont inconstitutionnels, mais ils ne peuvent décider de questions constitutionnelles que si elles apparaissent dans des cas spécifiques. La plupart des pays de droit civil confient le contrôle de constitutionnalité à un seul tribunal constitutionnel, mais un grand nombre d'entre eux autorise que les lois et autres questions soient revues dans l'abstrait. Il existe aussi des variations sur la question de savoir qui peut demander un contrôle de constitutionnalité : les particuliers, les ombudsmans, les fonctionnaires, les législateurs ou le tribunal lui-même.

Dans de nombreux pays en transition vers une démocratie constitutionnelle, le pouvoir judiciaire a longtemps été un instrument aux mains de l'État, et continue à être considéré avec scepticisme, voire avec dédain. Les affaires constitutionnelles sont souvent des affaires de haut profil qui dressent les factions politiques les unes contre les autres. Si, dans ces cas, le pouvoir judiciaire est capable de décider de façon efficace pour maintenir les principes constitutionnels, cela peut envoyer un message puissant à la société. Les pouvoirs judiciaires ont gagné un respect considérable avec de telles décisions, comme on l'a vu en Europe centrale et orientale dans les années 1990.

La Bulgarie nous fournit un bon exemple. Après la victoire du Parti Socialiste bulgare

aux élections de 1994, le tribunal constitutionnel s'est prononcé contre les tentatives du parlement de remettre en question le rétablissement de la propriété privée et la liberté de la presse. Les forces politiques non communistes et le grand public ont alors considéré le tribunal comme étant la dernière barrière institutionnelle capable d'endiguer la marée du néo-communisme. Ceci a rehaussé la stature du tribunal qui, grâce en grande partie au soutien du public, a pu repousser des tentatives pour limiter son pouvoir.

Cependant, dans plusieurs pays, les gouvernements ont refusé de se plier aux décisions des tribunaux constitutionnels (par exemple, la Slovaquie et le Belarus) ou ont réduit les pouvoirs du tribunal de façon substantielle (par exemple, le Kazakhstan et la Russie). Ceci souligne le dilemme auquel les tribunaux constitutionnels sont confrontés : doivent-ils prendre une décision juridiquement correcte et risquer que la décision ne soit pas respectée et que leur pouvoir soit attaqué ou doivent-ils prendre une décision qui évite la controverse, les protège et leur permettrait peut-être d'influencer des affaires ultérieures ? Des décisions courageuses des tribunaux constitutionnels peuvent avoir une influence dans le renforcement de la démocratie et le respect envers les tribunaux eux-mêmes. Cependant, c'est l'environnement politique local qui déterminera dans quelle mesure les tribunaux seront capables d'exercer une autorité indépendante dans ces situations à enjeu élevé.

Une dernière mise en garde : la création d'un tribunal constitutionnel n'a pas toujours contribué à renforcer l'indépendance judiciaire. Au Zimbabwe, une proposition pour mettre sur pied un tribunal constitutionnel visait clairement à interférer avec l'indépendance judiciaire. La proposition aurait transféré le contrôle de constitutionnalité de la cour suprême à un nouveau tribunal constitutionnel dont la composition aurait pu être l'objet d'une manipulation politique considérable.

Comme pour tout aspect du judiciaire, les tribunaux constitutionnels sont sujets aux abus.

2. *L'efficacité du pouvoir judiciaire*²²

Dans ce guide, nous nous sommes efforcés de rester dans les limites du sujet de l'indépendance judiciaire et de ne pas trop nous écarter vers les nombreux autres aspects importants de la réforme judiciaire. Cependant, à une certaine phase des discussions préparatoires, le groupe est tombé collectivement d'accord sur le fait que, dans le monde réel, il est impossible d'isoler l'équité et l'impartialité du pouvoir judiciaire de son efficacité. Comme nous l'avons affirmé au début, personne ne pensera qu'un corps judiciaire est bon s'il expédie les affaires de manière efficace, mais qu'elles ne sont pas jugées avec impartialité. En fait, c'est là la marque de nombreux corps judiciaires dans les régimes non démocratiques. Mais de la même façon, le grand public n'accordera pas beaucoup de crédibilité à un corps judiciaire qui prend des décisions équitables, mais qui ne progresse guère dans l'essentiel de son travail – les affaires ordinaires qui affectent les citoyens ordinaires ; des affaires qui languissent finissent presque toujours par priver quelqu'un de ses droits. Vu les relations étroites entre l'équité, l'efficacité et le soutien du public, il importe souvent de s'occuper de l'efficacité du judiciaire en même temps que les bailleurs de fonds s'occupent des questions directement liées à l'indépendance judiciaire.

L'efficacité judiciaire est un vaste sujet en soi. Nous passons brièvement en revue quelques éléments de base ci-dessous :

a. *La structure de gouvernance*

Le pouvoir judiciaire doit avoir une structure de gouvernance qui lui permet de gérer

²² Voir l'article de William Davis relatif à l'administration du tribunal, dans la section IV

efficacement ses opérations. Quelques-unes des structures de gouvernance possibles et leur influence potentielle sur l'indépendance judiciaire ont été décrites plus haut. Ces structures de gouvernance doivent être considérées non seulement du point de vue de l'indépendance judiciaire, mais aussi du point de vue de l'efficacité. Par exemple, dans certaines affaires où la tâche d'administrer le système des tribunaux avait été confiée aux conseils de la magistrature, ceux-ci avaient été mal préparés pour accomplir cette tâche. Des problèmes de cette nature se sont posés en Bolivie, en Colombie et au Venezuela.

b. Le commandement

Pour être indépendant ou efficace, le pouvoir judiciaire doit faire preuve d'un commandement solide. Les programmes de réforme ont souvent sombré à cause d'un manque de commandement au sein du judiciaire ou d'un manque de continuité de ce commandement. Lorsqu'ils lancent de grands programmes de réforme, les bailleurs de fonds et les réformateurs internes doivent souvent travailler avec le judiciaire pour développer sa capacité de commandement.

c. La capacité de gestion et les systèmes administratifs et opérationnels

Bien que nous ayons tendance à penser au judiciaire à travers les principes qu'il protège, les processus opérationnels nécessaires pour réaliser cette protection nécessitent des techniques de gestion efficaces. De nombreuses affaires exigent une documentation étendue et plusieurs étapes avant d'arriver à leur conclusion. Les affaires criminelles, avec leur procédure orale, exigent une chorégraphie simplement pour s'assurer que chacun se présentera lors du procès – les agents de police, les témoins, les accusés, les avocats de la partie civile et autres acteurs de soutien, alors que de nos jours, de nombreux tribunaux doivent gérer un nombre croissant d'affaires. Afin de pouvoir travailler efficacement, le système

des tribunaux a besoin d'une forte capacité de gestion à chaque niveau – budget, personnel, opérations, relations avec les pouvoirs législatif et exécutif, relations publiques et planification stratégique.

Les systèmes administratifs et opérationnels sont tout aussi importants. Les opérations d'un tribunal, assorties de quantités de documents et de contraintes de temps, exigent une bonne gestion des dossiers et des affaires. Les ressources – budgétaires, humaines et d'équipement – doivent être utilisées efficacement et faire partie d'un système qui anticipe les besoins futurs. Peu de pays en voie de développement ont soit les systèmes soit la capacité de gestion nécessaires au fonctionnement efficient et efficace d'un tribunal moderne, avec ses nombreuses exigences et sa lourde charge de travail.

d. Le budget

Pour finir, un tribunal a besoin d'un budget suffisant afin de fonctionner correctement. Les questions relatives au budget ont été examinées plus haut.

3. Exécution des décisions judiciaires

La question de l'exécution des décisions s'apparente à celle de l'efficacité. Si l'on ne peut pas faire exécuter les décisions, le pouvoir judiciaire perdra sa crédibilité même s'il a travaillé de manière honnête et équitable. De plus, le fait qu'un tribunal soit incapable de faire respecter ses jugements peut décourager les juges de prendre des décisions difficiles. Pourquoi se faire des ennemis si les décisions ne sont pas exécutées ?

Les mécanismes d'exécution des décisions sont souvent faibles dans les pays en voie de développement, tout particulièrement lorsque, auparavant, l'État dominait le pouvoir judiciaire et les transactions privées étaient limitées. Dans les affaires civiles, lorsqu'une partie privée essaye de se faire

payer par la partie adverse, imposer le recouvrement des fonds peut être assez complexe. Il implique souvent l'intervention du pouvoir judiciaire et d'institutions extérieures au judiciaire. De plus, la structure juridique qui aiderait à imposer l'exécution des jugements – c'est-à-dire les lois relatives à la saisie des biens, à la confiscation des avoirs et aux gages – n'est peut-être pas encore développée.

La date de l'intervention des bailleurs de fonds en matière de soutien pour l'exécution des décisions constitue une complication additionnelle. Pour que les tribunaux soient crédibles, la capacité d'exécution des décisions doit être établie parallèlement aux améliorations dans d'autres domaines. Cependant le soutien des bailleurs de fonds pour l'exécution des décisions des tribunaux qui ne sont pas encore considérés comme agissant de façon équitable et impartiale, est extrêmement problématique.

Le respect par le pouvoir exécutif des décisions judiciaires est une sous-catégorie de la question de l'exécution des décisions qui mérite une attention toute particulière. Il existe différents types de plaintes qui peuvent être déposées contre le gouvernement. Certaines tiennent à des violations des droits constitutionnels et légaux, tels que des procédures équitables et respectant les libertés individuelles ou le principe de non-discrimination ; d'autres tendent à obtenir une indemnisation. Les plaintes contre le gouvernement commencent en général devant un tribunal administratif, et les plaignants ont le droit d'interjeter appel devant un tribunal d'instance. Si les agences gouvernementales ne se conforment pas aux jugements des tribunaux prononcés contre eux, les conséquences seront particulièrement néfastes pour le respect envers les tribunaux. Si les gouvernements ont l'habitude de ne pas se conformer aux injonctions des tribunaux, les bailleurs de fonds devront considérer que ce sujet est mûr pour un dialogue de politique avec l'exécutif.

4. *Rendre publiques les réformes judiciaires*

Il n'est pas rare que le public ne soit pas au courant de certaines réformes qui ont lieu au sein du pouvoir judiciaire. Souvent, seules les affaires de premier plan sont portées à l'attention du grand public, et très peu de tribunaux des pays en transition ont développé une capacité de relations publiques légitime. A mesure que des mesures sont prises pour augmenter le calibre et l'impartialité des juges et la performance des tribunaux, il importe que le public en soit informé. Ceci développe non seulement l'appui envers les tribunaux, mais encore renforce la notion selon laquelle les citoyens ont un intérêt légitime envers le statut et l'efficacité des tribunaux.

F. *La tension entre indépendance et responsabilité*

Dans de nombreux pays en transition, le pouvoir judiciaire lutte pour se libérer de l'ancienne domination par les élites, les militaires, les partis politiques ou l'exécutif. Cependant, il convient de noter, pour finir, qu'aucun corps judiciaire n'est entièrement libre d'agir selon ses propres lumières, et qu'il ne saurait en être ainsi. Au bout du compte, le pouvoir judiciaire, comme toute autre institution de gouvernance démocratique, doit être responsable devant le public tant pour ses décisions que pour ses opérations.²³

La responsabilité opère à plusieurs niveaux. Bien qu'un tribunal doive être libre de trancher les affaires de façon impartiale, si ses opinions s'écartent trop du sentiment public, une correction sera généralement exigée, que ce soit par des demandes d'amendements de la loi ou par une pression

²³ Voir l'article de Linn Hamberg relatif à l'indépendance et la responsabilité judiciaires, dans la section IV. Voir aussi l'article de Mira Gur-Arie et Russell Wheeler relatif aux États-Unis et celui de Guiseppe Di Federico relatif à l'Italie, dans la section III.

plus subtile sur le système judiciaire de choisir des juges plus sensibles à l'opinion populaire. Au niveau administratif, le judiciaire doit rendre des comptes au public sur la façon dont il dépense ses fonds et gère ses opérations.

La nature unique du pouvoir judiciaire rend la conception de mécanismes de responsabilité efficaces compliquée. Les mécanismes de responsabilité ne sauraient interférer ni avec l'adhésion des tribunaux au principe de prise de décision impartiale ni avec leur responsabilité de sauvegarde des droits des minorités. De plus, l'on attend des juges individuels qu'ils prennent leurs décisions de façon indépendante, même au sein de la structure du judiciaire. C'est pourquoi les systèmes hiérarchiques de supervision, qui sont courants pour maintenir les responsabilités dans les agences de l'exécutif, sont problématiques au sein du système judiciaire.

Étant donné qu'il y aura toujours une certaine tension entre la responsabilité et l'indépendance, l'apparition échelonnée dans le temps de ces deux éléments apporte un certain soulagement. D'une part, l'indépendance consiste à libérer le pouvoir judiciaire d'un contrôle antérieur sur ses décisions. D'autre part, la responsabilité se concentre sur le fait d'avoir des mécanismes en place par lesquels le judiciaire, en tant qu'organe indépendant, se doit d'expliquer ses opérations à posteriori. Comme la transparence est la clé de ces deux éléments, toute amélioration de la responsabilité aidera souvent à renforcer l'indépendance.

G. Où doit-on commencer ?

Nous avons décrit ci-dessus un certain nombre d'approches programmatiques visant à améliorer l'indépendance judiciaire et, plus particulièrement, l'impartialité des prises de décision judiciaire. Il s'agit là d'un domaine complexe qui exige un effort de longue haleine. Les problèmes d'indépendance judiciaire sont en général ancrés dans l'histoire et la culture d'un pays

et ne sont pas aisément éradiqués. Souvent, les changements au sein du pouvoir judiciaire devront aller de pair avec des changements plus importants dans la société. De plus, l'enjeu est élevé – situation qui rend l'opposition aux réformes souvent difficile à surmonter.

Il est tout aussi clair que les modèles spécifiques qui fonctionnent bien dans un pays ont très peu en commun avec les modèles qui fonctionnent bien dans d'autres. Par exemple, le modèle des États-Unis dans lequel le président nomme tous les juges fédéraux avec la participation du pouvoir législatif, est étranger à de nombreux pays de droit civil qui se sont efforcés de réduire la nature trop politisée des nominations judiciaires. L'élection des juges, qui se pratique encore dans certains états des États-Unis, semblerait plus étrangère encore. Et, cependant, la plupart des entités judiciaires des États-Unis sont considérées comme étant impartiales. Au Canada, l'administration des tribunaux par le pouvoir exécutif ne semble pas empiéter sur l'indépendance du judiciaire alors que le même arrangement a été rejeté dans d'autres pays.

Ce guide présente plusieurs domaines qui, dans la plupart des cas, devront être abordés par ceux qui entreprennent des réformes judiciaires. Nous n'avons pas tracé de carte routière des programmes traitant de l'indépendance judiciaire et aucune directive claire ne ressort de cette étude quant à la séquence des activités. Comme pour tout programme, les activités spécifiques dépendront des circonstances nationales. Cependant, il est possible de définir quelques principes généraux afin de déterminer où commencer :

1. Comme pour toute activité de coopération pour le développement, la formulation de la stratégie doit commencer par une analyse des conditions locales, c'est-à-dire, quels sont les résultats souhaités, le degré de réceptivité au changement,

- la volonté des dirigeants politiques de renforcer les capacités institutionnelles et humaines nécessaires, le caractère suffisant des ressources et le degré d'engagement des bailleurs de fonds internationaux. Une analyse menée avec la participation de tout un éventail de parties intéressées devrait pouvoir définir des buts à long terme, articuler une vision convaincante pour communiquer ces buts, identifier des objectifs programmatiques réalistes et définir les responsabilités de la mise en oeuvre.
2. Les bailleurs de fonds doivent encourager et soutenir les efforts de réforme locaux. Des réformes dont l'initiative provient de l'extérieur sont difficilement durables. Les bailleurs de fonds doivent accorder la priorité aux sujets et activités identifiés par les réformateurs locaux, tout en veillant à ce que ces réformateurs aient accès aux informations nécessaires à la préparation d'un programme de réforme cohérent.
 3. Toute réussite entraîne d'autres réussites. Il est sage de commencer par des questions qui puissent être efficacement abordées et qui jouissent d'un certain soutien, plutôt que de s'attaquer immédiatement aux questions les plus difficiles.
 4. Les bailleurs de fonds connaîtront moins de résistance lorsqu'ils offriront une formation complémentaire aux juges et au personnel judiciaire et proposeront des améliorations à l'administration des tribunaux. Ces programmes peuvent constituer des activités utiles en vue de développer de bonnes relations avec les homologues nationaux. De plus, ces activités peuvent avoir un impact substantiel, surtout s'ils aident à identifier et renforcer des réformateurs au sein du judiciaire et à augmenter la transparence des opérations des tribunaux.
 5. Les bailleurs de fonds seront confrontés par une résistance des plus tenaces dans les activités qui réduisent l'influence d'un fonctionnaire haut placé ou d'un groupe puissant. Cependant, certaines circonstances offrent des opportunités particulièrement bonnes pour des ouvertures prometteuses : (a) après la chute d'un régime corrompu, lorsque le nouveau gouvernement promet de faire des changements et que le sentiment populaire peut être mobilisé pour exiger de véritables réformes, et (b) dans le cadre d'un processus de paix.
 6. Il n'est pas rare que, dans la planification des programmes, les questions soient présentées sous la forme « soit/soit » : Les bailleurs de fonds doivent-ils poursuivre un programme qui s'adresse au secteur officiel en dépit d'un faible soutien ou se concentrer uniquement sur la société civile ? Si les meneurs du pouvoir judiciaire n'ont pas l'esprit à la réforme, les programmes doivent-ils viser tout d'abord la transformation des meneurs pour aborder l'amélioration du fonctionnement des tribunaux ensuite ? L'approche que nous recommandons ici consiste à éviter les jugements de départ du type « soit/soit » et à déterminer plutôt ce qui est faisable, avec qui et à ce moment particulier en se fondant sur les circonstances spécifiques du pays, tout en ayant à l'esprit les objectifs à long terme. Certes, il faut veiller à ce que le soutien des bailleurs de fonds ne renforce pas les éléments anti-réforme au sein du

pouvoir judiciaire, par exemple en rehaussant leur prestige.

7. Les bailleurs de fonds ne doivent pas céder à la pression de créer des attentes peu réalistes quant à la rapidité avec laquelle l'indépendance judiciaire peut être accomplie. Dans la plupart des cas, l'indépendance judiciaire sera un but à long terme qui exigera un effort soutenu de la part des réformateurs et des bailleurs de fonds.

III. ÉTUDES DE RÉGIONS ET DE PAYS

A. L'indépendance judiciaire dans les pays africains de droit commun

par Jennifer Widner

Jusque récemment, lorsque le sujet des tribunaux en Afrique était abordé dans des conversations avec des Américains, la première question fréquemment posée par les gens était : « Des tribunaux en Afrique, à quoi bon? » L'image de l'Afrique était celle d'un continent dans lequel la loi n'avait qu'un tout petit rôle à jouer dans le règlement des litiges. Les titres dans le *New York Times* semblaient le confirmer, tout comme Robert Kaplan dans son fameux article publié dans *Atlantic Monthly*, qui prévoyait « l'arrivée de l'anarchie ». La loi et les tribunaux semblaient sans importance face aux disputes sur les ressources naturelles, aux luttes pour le commandement et aux antagonismes entre les divers groupes.

Les amis et collègues africains avaient, dans les années 1980 et 1990, une perception quelque peu différente. Ils affirmaient que l'Afrique se trouvait à « un carrefour critique », un « moment crucial » et que de nombreux africains pensaient que les tribunaux et la loi avaient un rôle important à jouer. Dans les deux tiers des pays d'Afrique, les gens pouvaient exprimer leurs opinions sur le gouvernement et la politique plus librement vers le milieu des années 1990 qu'à n'importe quelle période depuis l'indépendance. Les changements politiques des années 1990 signifiaient que plus de personnes pouvaient parler ouvertement de la politique, adhérer à des associations, créer leur propre entreprise et posséder leur propre exploitation agricole, et choisir entre différents candidats pour les postes officiels. Les tribunaux étaient importants pour bâtir et protéger ce nouvel espace.

La voie a été ouverte par des citoyens ordinaires. Alors qu'il n'y avait pas d'études étendues et transnationales relatives à l'utilisation des tribunaux en Afrique, trois enquêtes faites vers le milieu des années 1990 suggéraient que, sans tenir compte de ce que les gens pensent de la performance institutionnelle, un nombre élevé et inattendu de ménages portaient leurs litiges devant des tribunaux de magistrats pour une audience. De grandes enquêtes résidentielles faites en 1996 au Botswana, en Ouganda et en Tanzanie, montraient, comme on pouvait s'y attendre, que les types de conflits les plus courants dans les communautés étaient portés tout d'abord devant les conseils locaux ou tel autre forum coutumier pour y être résolus. Parallèlement, les enquêtes ont révélé une utilisation inattendue des tribunaux de magistrats. En Tanzanie, une équipe de chercheurs financée par la Banque mondiale a fait une enquête d'opinion auprès d'adultes pour savoir combien d'entre eux avaient utilisé les tribunaux de magistrats au cours de la dernière année. La réponse fut que 6 à 8 pour cent l'avaient fait. Des enquêtes faites à la même époque en Ouganda et au Botswana demandaient si un membre du ménage avait été demandeur dans une affaire portée devant un tribunal de magistrats au cours des cinq dernières années et trouvaient que 14 pour cent avaient répondu par l'affirmative dans certains districts et que 45 pour cent l'avaient fait dans des zones plus sujettes que d'autres à des luttes pour la possession des terres.

Les gens venaient au tribunal avec toutes sortes de litiges. La terre occupait une part importante des affaires en litige, mais ce n'était pas le seul sujet présenté devant les tribunaux. En Ouganda et au Zimbabwe, les communautés présentaient aux juges des litiges portant sur l'ordre de succession des royaumes locaux. Les tribunaux traitaient également de questions relatives aux droits des femmes de prendre les décisions du ménage, d'acheter et de vendre des biens immobiliers, d'hériter de la terre et des bâtiments et d'obtenir le droit de garde des enfants, tout cela avec des résultats variables

selon les pays. Les tensions entre les habitants des villes et leurs parents dans les campagnes s'exprimaient dans des procès en vue d'établir si le droit d'enterrer les morts dépendait de la famille immédiate ou de l'ensemble du clan sur les lieux d'origine.

A mesure que les tribunaux gagnaient de l'importance aux yeux des citoyens ordinaires, et pas seulement des gens venus de l'extérieur, l'indépendance du pouvoir judiciaire occupait une place plus importante dans les discussions entre les citoyens ordinaires, et entre les pays donateurs et les élites politiques africaines. Tant les citoyens ordinaires que les personnes de l'extérieur se soucient de l'indépendance du pouvoir judiciaire et des types d'indépendance qui découlent de la séparation des pouvoirs. Ils le surveillent de près pour savoir s'il existe des influences partisans d'influencer les résultats d'affaires particulières. Ils suivent de près la « séparation des partis » ou la suppression d'une influence exceptionnelle de la part de plaignants ayant un statut social puissant.

Le présent article traite de l'indépendance judiciaire dans les pays de droit commun en Afrique. Il présente une brève description des principales caractéristiques des systèmes juridiques dans les pays d'Afrique qui sont dans la tradition de droit commun, principalement l'Afrique anglophone, et les place dans leur contexte. Il brosse alors un tableau des principaux défis à l'indépendance judiciaire dans ces contextes, et présente les principaux remèdes et quelques moyens par lesquels les bailleurs de fonds étrangers peuvent aider les initiatives locales visant à mettre en place des tribunaux indépendants.²⁴

²⁴ Les données utilisées dans cet article sont tirées d'un questionnaire utilisé par l'IFES au nom de l'USAID au Kenya, au Malawi, au Nigeria, en Ouganda, en Zambie et au Zimbabwe, ainsi que des enquêtes menées par l'auteur au Botswana, en Tanzanie et en Ouganda.

1. *Caractéristiques et contexte des systèmes juridiques en Afrique anglophone*

Les systèmes judiciaires de l'Afrique de droit commun, essentiellement l'Afrique anglophone, ont de nombreuses caractéristiques communes avec le système des États-Unis.

a. *La structure*

Au niveau le plus bas, les nouveaux gouvernements ont des tribunaux primaires avec une compétence initiale limitée, pour juger les petites affaires civiles et les petits délits. Dans de nombreux pays, ils peuvent appliquer le droit coutumier et les précédents qui, ensemble, constituent « la loi de l'État ». Les magistrats qui président à ces jugements ne sont pas des juristes diplômés, et dans la plupart de ces tribunaux il est interdit de se faire représenter par un avocat. Les gens doivent assurer leur propre représentation. Un deuxième niveau de magistrats juge des affaires qui portent sur des sommes plus importantes ou des délits plus graves, habituellement ceux assortis de peines pouvant aller jusqu'à deux ans. Ces « magistrats de grade II » comme on les appelle souvent ont une formation légèrement plus approfondie, mais ne doivent pas nécessairement posséder de diplôme universitaire. Au troisième niveau, les magistrats sont d'habitude des juristes diplômés. Les tribunaux auxquels ils président sont compétents pour les affaires civiles portant sur des sommes plus importantes et des délits assortis de peines d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 10 ans. Ces tribunaux acceptent aussi des appels des tribunaux d'instances inférieures. La présence d'un avocat est autorisée.

La responsabilité de la gestion des tribunaux de magistrats varie selon les pays et avec le temps. Dans certains pays, le pouvoir judiciaire ne contrôle pas entièrement les nominations, les salaires et la stabilité des postes, alors que dans d'autres le contrôle est total.

La Haute Cour est un tribunal dont la juridiction en matière civile et pénale est illimitée, dont les juges possèdent presque toujours un diplôme de droit et ont parfois exercé le droit dans le privé avant de siéger à la cour ou ont été juges dans d'autres juridictions. La plupart des Hautes Cours tiennent des sessions dans la capitale et en circonscriptions judiciaires. L'alternative consiste à créer des stations de Hautes Cours dans des villes secondaires importantes afin plus accessibles.

La cour d'appel, qui sert parfois de Cour suprême, constitue un cinquième niveau. Dans la plupart des instances, les cours d'appel avaient à l'origine une base régionale, comme c'était le cas à l'époque coloniale. Par exemple, en 1962, la Cour d'appel Est Africaine devenait la Cour d'appel de l'Afrique de l'Est, une émanation d'une organisation régionale, la Communauté des pays de l'Afrique de l'Est. Chaque pays déterminait séparément si ses décisions constituaient un précédent devant être suivi ou une opinion interprétative, mais, quel que soit le choix fait par le pays, les comptes rendus juridiques des tribunaux étaient largement lus et suivis par les juristes après l'indépendance.

La responsabilité administrative des tribunaux est habituellement assumée par le président et un groupe de fonctionnaires judiciaires de haut niveau. Dans la plupart des pays, les tribunaux n'ont pas de soutien administratif qui équivaldrait à celui du Centre judiciaire fédéral ou de l'Office administratif des tribunaux aux États-Unis. Le fonctionnement quotidien du tribunal en incombe au greffier en chef et aux greffiers des tribunaux subalternes, ce qui est l'équivalent du greffier du tribunal aux États-Unis.

La plupart des pays utilisent l'anglais comme langue officielle des tribunaux, bien que la Tanzanie utilise l'anglais et le swahili.

b. La participation des citoyens ordinaires

Dans la plupart des pays d'Afrique, il n'y a pas de jury, bien que le Malawi cherche à introduire, à titre expérimental, des jurys dans les affaires capitales et aux niveaux les plus élevés. Cependant, la participation de citoyens ordinaires existe à des niveaux inférieurs. Des « assesseurs » siègent souvent avec les magistrats au niveau des tribunaux primaires. Ils ont parfois le droit de vote sur la façon dont une affaire est décidée, comme c'est le cas en Tanzanie, ou ont un rôle plus limité. Dans des tribunaux de niveau plus élevé, les assesseurs ont souvent un rôle équivalent à celui d'un expert auprès du tribunal.

c. Le pluralisme juridique

Le contexte dans lequel les tribunaux fonctionnent en Afrique est caractérisé par un pluralisme juridique profond. Ceci signifie que différents types de lois existent côte à côte. La loi de l'État couvre la constitution, les lois et les règles administratives, ainsi que les décisions prises par les juges dans le passé (les précédents juridiques). La loi de l'État repose sur les lois et décisions anglaises qui étaient en place au moment où les « lois de réception » ont été adoptées à l'époque coloniale ou sur des codes préparés en Inde et dans le Queensland (Australie) et copiés en Afrique (codes des preuves, codes pénaux). Les gouvernements indépendants ont modifié certaines législations, mais la structure de base reste largement inchangée. Dans certains pays du continent, par exemple au Botswana, en Afrique du Sud et au Zimbabwe, le droit civil romano-néerlandais qui existait auparavant fait dorénavant partie intégrante du droit commun.

La loi de l'État coexiste avec le droit coutumier et le droit religieux, qui désormais se limitent essentiellement aux questions relatives à la famille, aux héritages et successions ou à d'autres aspects du droit

des personnes. Les gens peuvent choisir d'en sortir de plusieurs façons, selon le pays. Les tribunaux utiliseront habituellement les règles de « conflit de loi » utilisées pour résoudre les litiges commerciaux internationaux afin de décider quelle loi est applicable en cas de litige porté devant un tribunal par des plaignants appartenant à des systèmes différents.

Les tribunaux coutumiers fonctionnent de façon informelle ou formelle parallèlement aux tribunaux d'État. Dans certains cas, les anciens ou les élus sont les médiateurs de litiges ou encore appliquent le droit coutumier dans des instances dont les décisions n'ont pas un caractère obligatoire. Dans d'autres cas, par exemple au Botswana, les tribunaux coutumiers fonctionnent de façon officielle et un appel devant un tribunal d'État est possible.

Le pluralisme peut compliquer la tâche de renforcer l'indépendance judiciaire en encourageant beaucoup de citoyens ordinaires à se détourner des tribunaux d'État vers d'autres instances, mais rien ne le prouve.

d. La pénurie des ressources et les tribunaux

La pénurie des ressources affecte les tribunaux africains et l'indépendance judiciaire de diverses façons. Par exemple, elle rend le suivi des activités quotidiennes des juges et des greffiers plus difficile. Cela signifie que les juges rejettent parfois des affaires lorsque des forces de police mal formées et mal équipées ne font pas d'enquêtes satisfaisantes, ce qui exaspère à la fois les fonctionnaires et les citoyens ordinaires. Cela peut également signifier qu'il sera plus difficile de pourvoir des postes avec des personnes ayant une bonne formation qui n'abuseront pas de leur pouvoir.

Un des effets les plus importants de la pénurie des ressources porte sur l'absence de matériel juridique. Dans le système de droit

commun, la loi couvre la constitution, les lois et les décisions des juges. Ces dernières paraissent dans des rapports juridiques, qui devraient être publiés chaque année sinon plus souvent. Privés de financement, les rapports juridiques ont traversé des périodes creuses pendant les années 1980 et 1990. Ce n'est que maintenant qu'ils sont à nouveau disponibles. Combinée avec le fait que les lois ne sont pas disponibles, cette lacune signifie que, pour la connaissance de la loi, de nombreux juges et magistrats se fient à leurs anciennes notes des cours des facultés de droit, avec les résultats que l'on peut imaginer. Cela signifie également qu'il est difficile de suivre la qualité et l'uniformité des décisions.

2. *La possibilité des influences politiques partisans*

A l'heure actuelle, le degré d'indépendance judiciaire des tribunaux varie considérablement dans les pays africains de droit commun. Les tribunaux du Botswana, de l'Afrique du Sud et du Zimbabwe, se trouvent habituellement du côté positif du spectre : de façon générale, ces tribunaux ont maintenu un degré élevé d'indépendance judiciaire vis-à-vis des plaignants. Ils ont parfois pris des décisions contre les gouvernements dans des affaires à haut profil et très délicates. L'état d'esprit « pro-exécutif » a affecté certains niveaux des tribunaux à certaines périodes, mais ces tribunaux ont longtemps lutté contre cette attitude avec un certain succès. La corruption, qui empêche les tribunaux de se libérer de considérations partisans, peut poser des problèmes aux niveaux judiciaires les plus bas, mais elle n'a pas sérieusement érodé la légitimité des tribunaux d'instances supérieures. En Tanzanie et en Ouganda, et (semblerait-il) au Nigeria et au Ghana, dans certains cas particuliers, les tribunaux font preuve d'un degré d'indépendance plus élevé face aux influences partisans qu'ils ne le faisaient auparavant, bien que les commentateurs puissent encore rapidement citer certains problèmes chroniques. Les cas

du Malawi et de la Zambie sont un peu plus ambigus. Le Kenya serait devenu plus vulnérable qu'auparavant, bien qu'il soit souvent difficile de mesurer ces tendances.

Les enquêtes faites dans le cadre de ce projet révèlent un consensus considérable sur les principaux défis à l'indépendance judiciaire dans ces systèmes. Certaines difficultés sont difficiles à percevoir et n'apparaissent que rarement dans ces conversations écrites. Elles se trouvent à la fin de cette liste.

a. Les questions constitutionnelles

Les commentateurs locaux estiment que la clarté avec laquelle la constitution prévoit des tribunaux indépendants affecte la mesure dans laquelle les politiciens et les citoyens ordinaires considèrent le pouvoir judiciaire comme une branche indépendante du gouvernement. Les constitutions les plus récentes affirment clairement l'existence de trois pouvoirs de gouvernement séparés et confient le pouvoir judiciaire exclusivement aux tribunaux. En revanche, la constitution du Kenya n'est pas aussi claire qu'elle devrait l'être et l'un des juristes interrogé pour cette enquête a fait remarquer que « ... il en résulte que le pouvoir judiciaire est plus souvent perçu comme un simple appendice. »

Dans certains pays, les partis au pouvoir ont tenté d'amender les constitutions de façon à éliminer la juridiction des tribunaux ou à les rendre vulnérables aux influences partisans dans des affaires constitutionnelles délicates. Poursuivre des civils devant un tribunal militaire est contraire aux normes de l'état de droit, mais cela se produit parfois. Des avocats alertes peuvent porter leurs affaires devant les tribunaux ordinaires pour les soustraire aux tribunaux militaires et déclarer ces pratiques contraires à la constitution, mais les avocats ne sont pas toujours enclins à prendre de telles mesures. Lorsque ces cas sont portés devant les tribunaux par des groupes d'intérêt public ou par des équipes d'avocats appartenant à différents cabinets, il est plus difficile au

gouvernement de prendre des mesures de rétorsion contre le barreau pour avoir appliqué le principe de l'habeas corpus ou avoir pris toute autre mesure. Aucun des commentateurs interrogés pour cette étude n'a considéré qu'évincer la juridiction des tribunaux de cette façon était un problème, et il semble que ce soit plus l'exception que la règle.

La création des tribunaux constitutionnels s'est parfois révélée problématique dans les contextes africains. Il importe que ces tribunaux fassent partie du pouvoir judiciaire et jouissent de toutes les protections garanties à la Haute Cour et à la Cour d'appel. Par exemple, au Zimbabwe, la proposition de constitution parrainée par le président Mugabe dans les années 1998-1999 aurait, si elle avait été adoptée, créé une cour constitutionnelle dont les membres auraient pu être soumis à des manipulations politiques.

b. Les procédures de nomination

Des procédures de nomination ancrées dans la constitution sont une source importante de soucis comme constitutives d'une menace à l'indépendance judiciaire. Les règles générales relatives à la nomination et à la titularisation apparaissent souvent dans la constitution d'un pays, parfois amplifiées par une loi sur les juges ou sur le pouvoir judiciaire ou toute autre législation afférente. Une certaine influence politique est généralement acceptable dans la nomination des juges au tribunal le plus élevé d'un pays, bien que l'on s'attende souvent à ce que les nominations reçoivent la confiance d'une grande partie de l'éventail politique.

Certaines procédures de nominations améliorent la probabilité que les juges auront un esprit indépendant dans leurs prises de décisions. Dans la plupart des pays, y compris les États-Unis, le président désigne les candidats à ces postes et ce choix doit être confirmé par une majorité qualifiée de l'ensemble ou d'une chambre du corps législatif. En Afrique, les présidents

nomment habituellement non seulement le président de la Cour suprême, mais aussi les juges des cours d'appel ou les juges de la Cour suprême et les juges des Hautes Cours, et le législatif n'exerce un contrôle que dans quelques pays (en Zambie par exemple). Même dans les cas où le législatif exerce un contrôle, lorsque la compétition entre les partis est limitée, cette exigence est généralement insuffisante pour nommer une personne dont le caractère jouirait de la confiance du grand public. Le corps législatif peut être « dans la poche » du chef d'État et accepter sans discussion la décision du président. La personne ainsi nommée peut se sentir comme ayant une dette envers le législatif.

En Afrique, de nombreux pays utilisent une commission des services judiciaires pour préparer une liste de candidats à partir de laquelle le président choisira. Dans certains pays, le président est obligé de choisir sur une liste particulière de candidats désignés, alors que dans d'autres ces listes sont fournies à titre consultatif. Dans certains cas, les commissions sont composées de membres désignés par le président (y compris les juges de rang supérieur), alors que dans d'autres elles incluent des représentants des barreaux choisis par les avocats membres de ces organisations. On pense généralement que la participation de représentants des barreaux réduit le risque de contrôle des partis, améliore la qualité de la sélection et réduit la mesure dans laquelle les personnes nommées pensent avoir une obligation envers les gouvernements qui les ont nommés. Même lorsque la composition de ces commissions facilite l'influence de l'exécutif, les décisions prises en groupe peuvent généralement être équitables, comme cela semble être le cas au Zimbabwe.

Il importe de souligner que ces règles augmentent la probabilité qu'un juge prenne des décisions en se fondant sur la loi et non sur son désir de faire plaisir à ceux qui l'ont nommé soit par des considérations partisanses soit dans un état d'esprit « pro-

exécutif ». Les procédures de nomination qui laissent l'opposition s'exprimer ou qui limitent les pouvoirs du président en exercice ne garantissent pas en elles-mêmes l'indépendance des candidats nommés.

La nomination de juges temporaires ou de juges « d'assise » cause des soucis dans certains pays. Un grand nombre de postes vacants, un grand nombre d'affaires non résolues ou encore la perspective de vagues de contestations électorales suite à la tenue d'élections nationales peut conduire les tribunaux à nommer des juges temporaires. Dans certains cas, les tribunaux encouragent les juges à la retraite à occuper ces postes temporaires. Dans d'autres cas, le président et le président de la Cour suprême choisissent des personnes pour occuper ces postes sans aucun contrôle ou garantie qui accompagnent les nominations aux postes permanents. Ceci, combiné avec le fait que les personnes nommées à ces postes n'ont pas la sécurité de leur emploi, fait que ce type de sélection peut augmenter la probabilité que les juges « d'assise » aient l'esprit « pro-exécutif » ou partisan. L'utilisation répétée et fréquente de juges temporaires est un signe de troubles potentiels, bien qu'elle puisse être nécessaire pour répondre à la demande créée par une augmentation soudaine et imprévue des affaires portées devant les tribunaux.

Les greffiers des tribunaux ont une grande responsabilité en matière d'administration des registres des affaires en cours. Ils peuvent aider à la répartition des affaires entre les juges et même assumer la responsabilité principale de cette tâche. Ils supervisent les registres servant à inscrire les affaires. Dans certains pays, les greffiers sont des magistrats ayant une certaine ancienneté ou des futurs juges. Ils peuvent avoir la sécurité de leur poste comme les juges et n'être révoqués que pour une raison valable par un vote de la commission des services judiciaires. Dans d'autres cas, les greffiers sont moins protégés. L'un des commentateurs au moins estimait que les protections constitutionnelles des postes

devaient être étendues aux greffiers de la Haute Cour et de la Cour d'appel ou de la Cour suprême.

c. Le financement

Les juges et les avocats se plaignent souvent de ce que les tribunaux qui prennent des décisions contre les gouvernements se retrouvent sans financements suffisants. Ces affirmations ont certainement une part de vrai, mais il y a tant d'autres problèmes qui compliquent la situation financière des tribunaux qu'il est souvent difficile de faire la part des choses.

En Afrique, les tribunaux ont rarement suffisamment de fonds pour assumer leurs fonctions, et ces fonds ne constituent qu'une petite fraction des dépenses prévues au budget, généralement moins d'un pour cent. Jusque récemment, toutes les redevances et amendes perçues par les tribunaux étaient transférées au gouvernement central. Pour atténuer les problèmes de financement, certains gouvernements permettent maintenant au pouvoir judiciaire de conserver les redevances perçues par les tribunaux.

Afin de protéger les tribunaux contre les manipulations politiques, la pratique internationale standard consiste à inclure les dépenses essentielles (les salaires des juges, les frais de fonctionnement de base) dans le budget général. Cela signifie que ces fonds sont réservés à ces dépenses particulières et que l'exécutif ne peut pas les réallouer. De plus, le pouvoir judiciaire envoie habituellement un représentant défendre le budget devant le corps législatif.

Dans les pays d'Afrique, les pratiques varient: dans certains pays le budget du pouvoir judiciaire fait partie du budget général, mais dans d'autres ce n'est pas le cas. Certains pays permettent à un représentant du pouvoir judiciaire de présenter le budget au pouvoir législatif, mais dans la plupart des pays, c'est le ministre de la justice qui en est chargé. De

nombreux juges se plaignent de ce que les ministères de la justice, pour des raisons politiques, réduisent les requêtes de financement des tribunaux avant même que le budget ne soit présenté au corps législatif, ce qui ajoute du muscle à l'exécutif lorsqu'il manifeste sa désapprobation envers le fonctionnement des tribunaux. Il est certain que, selon les pratiques modèles, le pouvoir judiciaire devrait jouer un rôle plus actif en expliquant le budget au corps législatif et en présentant une image claire des besoins, même s'il n'y a pas de forte compétition entre les partis au niveau du législatif.

Même de fortes protections ne peuvent garantir un budget suffisant. Un « sous financement » peut se produire même si les gouvernements sont favorables. Sous la pression des institutions financières internationales, de nombreux gouvernements africains sont passés à des budgets d'argent liquide. Mais le trésor ne peut libérer plus d'argent qu'il n'en reçoit et ces règles s'appliquent mensuellement. Il en résulte que le pouvoir judiciaire peut ne pas recevoir suffisamment de fonds pour soutenir ses opérations d'un mois sur l'autre si la collecte des impôts au niveau national est inférieure aux prévisions. Plus la situation financière d'un pays est difficile, plus il sera difficile de juger si le trésor s'engage dans une manipulation politique des tribunaux ou si tout simplement il n'est pas en mesure de tenir ses engagements.

d. La répartition des affaires judiciaires entre les juges

De nombreux pays d'Afrique craignent en ce moment que l'esprit partisan ne vienne s'infiltrer dans la procédure judiciaire lorsque des affaires délicates sont confiées à des juges favorables au gouvernement. C'est un sujet très ancien dans l'histoire des tribunaux. Pour dissiper ces craintes, de nombreux systèmes judiciaires trouvent des moyens de contourner les décideurs politiques individuels en instituant un système de répartition des affaires au hasard. L'opération peut se solder par une perte

d'expertise, lorsque des affaires sont confiées à des juges peu au courant des questions qui pourraient surgir. Pour éviter ce problème, certains tribunaux créent des divisions spécialisées (par exemple, affaires civiles et criminelles ; ou encore affaires criminelles, commerciales, familiales, constitutionnelles ou autres sujets de droit civil) et répartissent les affaires au hasard au sein de ces divisions, tout en assurant la rotation des juges entre les divisions chaque année ou tous les deux ans. Ils utilisent également certaines méthodes pour évaluer le volume de travail nécessaire pour une affaire particulière, de façon à ne pas surcharger certains juges tout en donnant du temps libre à d'autres.

A l'heure actuelle, la plupart des pays africains répartissent les affaires de façon délibérée ou systématique au lieu d'utiliser un certain mode de répartition au hasard. Les raisons peuvent être pragmatiques mais cette pratique risque toujours d'encourager les influences partisans ou la corruption, comme on le craint en ce moment au Malawi. Au Kenya, le président de la Cour suprême confie les affaires constitutionnelles et de nombreux litiges civils à des juges particuliers. Le juge de service attribue les autres affaires. Comme l'écrit un commentateur « au début des années 1990, [la fonction du juge de service] ... donnait lieu à une exploitation scandaleuse ... Un ou deux juges qui servaient comme juges de service pendant une très longue période s'attribuaient régulièrement les affaires politiquement délicates et s'arrangeaient pour les annuler. » Mais le commentateur ajoute que plus récemment, les tribunaux du Kenya ont instauré la rotation mensuelle des juges de service, ce qui a résolu une partie du problème.

e. *L'esprit « exécutif »*

D'habitude, lorsque l'on parle d'indépendance judiciaire, l'accent est mis sur l'influence partisane sur certaines affaires particulières. Mais de nombreux

commentateurs craignent que l'esprit exécutif ou la prédisposition à être en faveur du gouvernement, ne constitue une menace encore plus redoutable. Cette prédisposition a ses racines en partie dans l'héritage du passé et en partie dans la gestion de l'opportunité financière. A la différence de la plupart des pays africains et des États-Unis, l'Angleterre n'a pas de constitution écrite, bien qu'elle traite depuis longtemps certains documents historiques importants comme une source de principes constitutionnels (et elle a maintenant une déclaration des droits, adoptée au moyen d'une loi transposant des documents européens et internationaux). Les juges ne pouvaient pas utiliser les pouvoirs de contrôle de constitutionnalité (*judicial review*²⁵) de la même façon que les juges les utilisent aux États-Unis et dans d'autres parties du monde. De plus, il y avait une forte tradition de respect envers le corps législatif. Il en résulte que la formation de nombreux juges africains [dans la tradition du droit britannique] n'a pas inclus les stratégies d'interprétation qui pourraient les aider à renforcer la séparation des pouvoirs.

Dans de nombreux pays, le faible niveau des pensions des retraités signifie que les juges doivent chercher des sources de revenu supplémentaires après avoir quitté la magistrature. Comme le gouvernement reste l'un des principaux employeurs, certains juges doivent faire attention à ce qu'ils disent lorsqu'ils sont en fonction afin de protéger leurs options futures.

Le fait d'être exposé à des décisions prises dans d'autres juridictions, avec une formation adéquate, ainsi que de meilleurs plans de retraite pourraient quelque peu soulager ce problème. Les encouragements des bailleurs de fonds ont contribué à soulever ces problèmes dans plusieurs pays, bien que les commentateurs continuent

²⁵ Doctrine constitutionnelle qui accorde à un système judiciaire le pouvoir d'annuler des actes législatifs ou exécutifs que les juges déclarent être contraires à la constitution.

d'observer un certain conservatisme dans les tribunaux.

f. Le comportement judiciaire

Les juges doivent non seulement rendre des décisions impartiales, mais doivent également projeter une apparence d'impartialité. Or, il est très facile pour un juge de se donner une apparence partisane, en se mêlant aux politiciens dans des fonctions sociales ou en offrant des opinions et des conseils au gouvernement.

Dans le petit tourbillon social de la plupart des capitales africaines, les juges et les politiciens se rencontrent souvent, mais cette pratique risque d'alarmer le public. Plusieurs commentateurs interrogés pour cette étude ont suggéré que les membres du corps judiciaire doivent se pencher sur la question de savoir quelles apparitions et pratiques sont acceptables et quelles sont celles qui compromettent l'apparence d'impartialité. Notre correspondant du Malawi s'est montré particulièrement alarmé à ce propos. Peu de pays africains ont un code d'éthique judiciaire qui offre des directives. Le système judiciaire tanzanien a emprunté ses directives au Code de conduite du Barreau américain, et on peut imaginer qu'un tel document pourrait devenir matière à discussion ailleurs.

Aux États-Unis, les opinions consultatives sont interdites au niveau fédéral, mais des déclarations faites devant des auditoires universitaires ou juridiques non politiques sont généralement acceptables (et sont lues par des fonctionnaires du gouvernement). Des résumés de déclarations sur la façon dont le tribunal interprète la loi, détachés des faits d'une affaire particulière, peuvent induire en erreur et sembler menacer la séparation des pouvoirs.

Mais il y également l'autre côté de cette histoire : aux États-Unis, au niveau des états, et plus généralement dans la tradition juridique britannique, certains types d'opinions consultatives sont souvent

considérés comme acceptables (et dans le passé, les tribunaux devaient fournir de telles opinions). La Cour européenne de justice et la Cour internationale de justice peuvent également publier certaines opinions consultatives. Les présidents des cours suprêmes africaines sont souvent d'avis que les opinions consultatives aident à promouvoir la compréhension des questions relatives à l'état de droit par les corps législatifs ou exécutifs.

La question des opinions consultatives a attiré l'attention de certains commentateurs participant à cette étude. Le commentateur du Malawi a estimé que tous les contacts et conversations téléphoniques entre les juges et l'exécutif devraient être suivis et enregistrés ; il est persuadé que ces contacts compromettent l'indépendance judiciaire. Bien que cette recommandation semble exagérée, il apparaît que la formulation de directives pour la publication de ces opinions serait un élément important pour renforcer la confiance et éduquer le public. Les tribunaux pourraient convoquer des rencontres avec des juristes confirmés, des praticiens et des membres des corps législatif et exécutif pour discuter des pratiques en usage dans d'autres pays et les problèmes en cause.

g. La critique orchestrée

Autrefois, un gouvernement mécontent des mesures prises par un tribunal envoyait des personnes armées pour intimider le juge ou le magistrat. Ces agissements attirent aujourd'hui une critique internationale si forte et offensent tellement le sentiment du public qu'ils sont relativement rares. Certains commentateurs interrogés pour cette étude ont suggéré que cette façon d'agir ait été remplacée par ce qu'ils appellent « la critique publique orchestrée ».

Ce phénomène a trois dimensions. La première est une action délibérée des partis au pouvoir pour instiguer des critiques à l'encontre de certains juges dans des cas particuliers ou des tribunaux en général,

proférées par des ONGs financées par les partis politiques. Bien que cette pratique puisse être visible et soit clairement désagréable pour les juges concernés, il semble que, dans une société ouverte, on ne puisse pas faire grand-chose pour mettre fin à ce genre de comportement. Le mieux qu'un tribunal puisse faire est de veiller à ce que les rapports juridiques soient mis à la disposition du public et de publier des communiqués de presse expliquant le raisonnement des juges dans certaines affaires particulières ou la logique qui justifie un changement institutionnel. Les tribunaux du Zimbabwe ont utilisé cette dernière option, avec des résultats divers.

Une seconde dimension est celle représentée par des efforts partisans visant à créer de fausses accusations contre les juges et les magistrats dont les décisions sont contraires aux vœux des gouvernements et à payer des journalistes pour diffuser des accusations sans preuves tangibles. Un commentateur zambien a affirmé que le président de la Cour suprême avait fait l'objet de telles pressions. Écrivant une opinion pour un panel de la Cour suprême, le président de la cour avait annulé une disposition de la loi nationale relative à l'ordre public, comme étant trop vague et trop générale. Le corps législatif tenta de réintroduire cette disposition et un journaliste publia une accusation selon laquelle le président de la Cour suprême avait violé une employée de la Cour. Plus tard, le journaliste admit qu'il avait été payé par un attaché de presse du gouvernement pour publier ces accusations et que toute l'affaire était politique.

A travers toute la région, les chefs d'État font des commentaires sur le contenu de certains sujets particuliers devant le tribunal et indiquent quel devrait, selon eux, être le résultat. Cette pratique est contraire aux règles qui régissent les commentaires sur les affaires *sub judice* ou en instance devant les tribunaux, mais les chefs d'État ne connaissent pas ces règles ou n'ont pas l'intention de les respecter. Ils influencent ainsi le jugement de ces affaires et peuvent

de la sorte compromettre l'apparence d'indépendance des tribunaux. Par exemple, un juge peut, en se fondant sur la loi et les faits, juger que la plainte d'un particulier contre le gouvernement est sans fondement mais, si ce jugement est rendu après des déclarations publiques du chef de l'État sur le résultat « attendu » de l'affaire, le public peut avoir l'impression que la cour est soumise à l'influence d'un parti.

h. Mesures susceptibles de politiser la procédure judiciaire

L'intégrité des tribunaux souffre lorsque les aspects du processus judiciaire qui sont à l'extérieur du pouvoir judiciaire proprement dit sont politisés. Les participants à cette étude ont exprimé leurs réserves quant à l'utilisation partisane de la police et des procureurs pour harceler les critiques et les membres de l'opposition. L'arrestation de journalistes pour avoir enfreint les lois sur la sédition, leur maintien en garde à vue pendant des semaines et la menace de poursuites pour faillite sont souvent utilisés pour réduire l'opposition au silence. A mesure que la date du procès approche, les accusés sont libérés et le procureur abandonne les accusations. Les tribunaux et la police tombent alors sous le manteau de la suspicion.

Les tribunaux ont une capacité limitée de contrôler la police et les procureurs lorsqu'ils agissent de la sorte, outre le fait d'entendre les plaintes portées par les parties lésées. Les personnes accusées de graves délits doivent comparaître devant un juge ou un magistrat pour une audience préliminaire dans un court délai – habituellement 48 heures. Le tribunal peut imposer cette exigence et le personnel judiciaire peut se rendre dans les prisons pour veiller à ce que cette règle soit respectée. Ils peuvent également créer des comités de gestion du déroulement des affaires pour assurer que le transport des personnes incarcérées vers le tribunal n'est pas gêné par une programmation défectueuse ; enfin ils peuvent également annuler des affaires

lorsque le gouvernement fait des demandes d'ajournement répétées sans raisons suffisantes.

De nombreuses juridictions ont souvent affaire à un problème plus ardu. Les lois contrôlent ce qu'un procureur doit prouver pour éviter le rejet de l'affaire à l'audience préliminaire. Dans de nombreux pays africains, les législateurs ont progressivement grignoté les exigences qui imposent la présentation d'un résumé des preuves à l'appui, que le juge ou le magistrat pourrait utiliser pour rejeter les accusations dans des affaires peu sérieuses. Redonner de la vigueur à ces lois pourrait aider à améliorer la situation.

Ce que les tribunaux ne peuvent pas faire c'est d'exiger d'engager des poursuites contre des défendeurs politiquement protégés. C'est-à-dire, des gens qui commettent des délits graves et jouissent d'une forte protection politique peuvent s'arranger pour que le procureur annule les accusations. Dans ces cas les tribunaux ne peuvent rien faire et il est évident que l'impartialité du processus judiciaire s'en trouve gravement compromise.

i. Le contenu de la loi et l'indépendance judiciaire

Pour finir, les participants à cette étude soulignent que le contenu – ou la substance – de la loi peuvent faire une différence dans l'impression que les gens ont de l'indépendance des tribunaux. Les juges ont l'obligation d'appliquer la loi telle qu'elle se trouve dans les textes, et cela quoi qu'ils puissent en penser ; or, appliquer des lois qui sont inacceptables aux yeux du public peut porter préjudice à la réputation d'impartialité du pouvoir judiciaire.

Mais cette relation causale dépend de nombreuses choses. A l'ère de l'apartheid, les tribunaux d'Afrique du Sud s'arrangeaient de façon à atténuer les effets de lois qui n'étaient pas conformes aux normes ancrées dans les constitutions, traités

ou conventions selon le statut que ces textes avaient dans le pays. Les tribunaux s'efforçaient de se conformer à des affaires semblables pour limiter l'application de règles qu'ils considéraient comme injustes. Il en résultait un degré plus élevé d'intégrité pour toute l'institution ou au moins pour certains juges et certains niveaux du pouvoir judiciaire.

La leçon pour le reste de l'Afrique apparaît dans certains commentaires des participants au projet : la formation en matière judiciaire, la connaissance du droit comparé, l'accès au matériel juridique publié dans d'autres parties du monde et la connaissance des normes internationales, tous ces éléments peuvent faire toute la différence même si le contenu ou la substance de la loi ne sont pas attrayants.

3. *La corruption et les problèmes de séparation vis-à-vis des partis*

L'indépendance judiciaire signifie non seulement être indépendant vis-à-vis des pressions politiques partisans, mais aussi par rapport à des plaignants socialement puissants. Le moyen principal par lequel les plaignants socialement puissants cherchent à influencer la procédure judiciaire est la corruption ; la corruption occupait une place importante dans les commentaires des participants du Kenya, du Malawi, du Nigeria, de l'Ouganda et de la Zambie. En règle générale, les observateurs considèrent que la corruption est plus troublante aux niveaux inférieurs des tribunaux, au sein du corps des magistrats. Mais on signale également de temps en temps des cas de corruption dans les Hautes Cours et les Cours d'appel.

Le faible niveau de rémunération est habituellement cité comme la principale raison d'un comportement corrompu, et ce type de commentaire occupe une place importante dans les informations reçues pour ce projet. Il convient toutefois d'être prudent :

- Dans de nombreux pays, de nouvelles échelles de salaires sont appliquées aux juges, qui sont maintenant mieux payés que les autres employés de la fonction publique. Si les principaux motifs sont des questions économiques, nous pouvons nous attendre à ce qu'il y ait moins de corruption au sommet. Cependant, ces changements n'ont pratiquement rien changé dans le corps des magistrats et c'est dans cette partie du pouvoir judiciaire que les problèmes sont habituellement les plus graves.
- Certains observateurs font remarquer que même avec l'augmentation des salaires, les praticiens privés gagnent plus que les juges et la tentation de faire payer plus existe encore. Mais, bien que l'on puisse comprendre qu'il soit difficile, à cause de cette différence, d'attirer des juristes chevronnés pour se joindre au corps judiciaire, nulle part dans les démocraties développées, les juges ne sont mieux payés que les grands avocats privés, ceci sans que la corruption ne soit endémique dans ces contextes. Il semblerait que les normes sont ce qui fait la différence.

Le risque existe également que des accusations de corruption soient proférées pour discréditer un juge honnête ou un magistrat qui traite d'une affaire délicate. Un des participants au projet recommandait de mettre en place un ombudsman judiciaire indépendant pour aider à détourner les critiques du public et à enquêter sur les allégations de corruption, afin de réduire le problème des accusations abusives de corruption et de pouvoir licencier les fonctionnaires corrompus.

Les codes de conduite fournissent une série importante de directives au personnel judiciaire et aux magistrats, dont l'éducation ne comprenait aucun de ces éléments.

Certains des problèmes de corruption se posent au niveau du greffe des tribunaux, où les employés utilisent diverses machinations pour soutirer de l'argent aux plaignants « au nom du juge » sans que le juge ne soit au courant. Réduire le nombre d'instances auxquelles les employés du greffe délivrent des permis ou fournissent des services pourrait aider à diminuer ces problèmes.

B. Leçons émergentes tirées des efforts de réforme en Europe de l'Est et en Eurasie
par Edwin Rekosh²⁶

1. Introduction et contexte

Cet article évaluera les efforts réalisés pour renforcer l'indépendance judiciaire dans huit

²⁶ L'auteur est le Directeur exécutif de l'Initiative de droit d'intérêt public dans les sociétés en transition (PILI) à la faculté de droit de Columbia, qui promeut les principes des droits de l'homme par l'assistance au développement d'infrastructures de droit d'intérêt public en Europe Centrale et Orientale, en Russie et en Asie Centrale. Cet article repose sur les recherches et expériences de l'auteur, ainsi que sur d'excellentes études réalisées dans les pays et préparées en réponse à un questionnaire joint entre l'USAID et l'IFES soumis aux experts suivants : Yonko Grozev, Directeur juridique, et Boyko Boev, Consultant juridique, Comité Helsinki bulgare (Bulgarie) ; Gia Kavtaradze, Secrétaire du Conseil de la magistrature (Géorgie) ; Karoly Bard, Directeur de la recherche, COLPI et ancien directeur de l'Office des droits de l'homme du Ministère des Affaires Étrangères hongrois (Hongrie) ; Monica Macovei, avocate des droits de l'homme, Présidente, Comité Helsinki roumain (Roumanie) ; Jan Hrubala, avocat des droits de l'homme, ancien juge et leader de l'Association des juges (Slovaquie) ; Ewa Letowska, Juge de la Cour administrative suprême et premier Ombudsman polonais (Pologne) ; Maureen Fitzmahan, professeur de droit à l'Université Internationale Concordia de Tallinn, Estonie (Ukraine) ; et Todd Foglesong, professeur de sciences politiques à l'Université de l'Utah (Russie). Dans le corps du texte, chaque étude pour un pays particulier sera désignée sous le terme « rapport de [l'auteur] », sauf pour le cas de la Russie où l'auteur s'est reposé sur le texte de Peter H. Solomon, Jr. et Todd S. Foglesong, *Courts in Transition in Russia: The Challenge of Judicial Reform* (Tribunaux en transition en Russie : le défi de la réforme judiciaire) (Boulder: Westview Press 2000), et qui sera désigné par « Solomon et Foglesong ». L'auteur remercie les étudiants en droit de Columbia, Philip Webb, pour son assistance dans les recherches, et Natalya Scimeca, pour son aide à la rédaction.

pays d'Europe de l'Est afin de faire bénéficier le lecteur de certaines des leçons tirées. Ces pays sont les suivants : la Bulgarie, la Géorgie, la Hongrie, la Pologne, la Roumanie, la Russie, la Slovaquie et l'Ukraine.

Bien que peu élaborées, un certain nombre de généralisations peuvent d'emblée être faites en ce qui concerne les différences contextuelles historiques, politiques et juridiques entre les divers pays étudiés et qui affectent leur potentiel en matière d'indépendance judiciaire. Trois de ces pays, la Géorgie, la Russie et l'Ukraine, faisaient autrefois partie de l'Union Soviétique. La création d'un système judiciaire socialiste en Union Soviétique influença énormément les systèmes judiciaires homologues des anciens pays du Pacte de Varsovie, mais les hybrides en résultant rompirent cependant moins radicalement avec le libéralisme européen. En outre, les institutions libérales étaient plus développées dans certains pays que dans d'autres avant l'ascendance du socialisme d'État. Le degré auquel les traditions libérales étaient soit conservées, soit rejetées dans chaque pays est important car il correspond à l'état de réceptivité des élites politiques et professionnelles à accepter les changements qu'apporte la restauration ou la création d'institutions libérales telles qu'un système judiciaire indépendant. Ces différences en disent beaucoup plus long que le consensus rhétorique partagé entre les bailleurs de fonds et les élites des pays cibles.

Malgré le système judiciaire soviétique commun, il existe d'importantes différences qui distinguent la Géorgie de la Russie et de l'Ukraine. Peut-être en raison du fait que les élites intellectuelles et professionnelles de Géorgie se sentent plus proches des traditions européennes ou en raison de la facilité relative avec laquelle des réformes qui fonctionnent ont été mises en place dans un pays de petite taille, la réforme judiciaire a été beaucoup plus facilement mise en

œuvre dans ce pays qu'en Russie ou en Ukraine.

Parmi les anciens pays du Pacte de Varsovie, la Hongrie et la Pologne affichent les plus fortes traditions libérales. Bien que la Bulgarie, la Roumanie et la Slovaquie fassent également preuve d'un soutien important parmi les élites intellectuelles et professionnelles pour le développement d'institutions libérales telles qu'un système judiciaire indépendant, la Hongrie et la Pologne disposent de cultures judiciaires qui sont beaucoup plus favorables à une réforme.

2. *Tradition de droit civil*

Malgré ces différences, un certain nombre de facteurs communs se retrouvent à différents degrés dans chacun des pays étudiés. Par exemple, le système judiciaire de chaque pays repose sur le droit civil plutôt que sur le droit commun. En outre, la plupart des pays avaient une grande expérience dans le domaine des systèmes de droit civil de style continental avant d'adopter un système judiciaire socialiste. Ainsi, les normes de pratique judiciaire prédominantes dans les pays de droit commun (certaines d'entre elles étant même considérées par des avocats anglo-américains comme inhérentes à l'indépendance judiciaire) ne s'y rapportent pas nécessairement. Par exemple, la fonction législative d'un juge est moins importante dans les systèmes de droit civil puisque les précédents jouent un rôle moins formel que dans les systèmes de droit commun. En conséquence, il est plus probable que les juges dans les systèmes de droit civil, dans leurs décisions, s'en remettent à une autorité législative ou à un organe exécutif plutôt que d'aller au-delà de l'application du droit positif. En outre, le raisonnement judiciaire est très souvent considéré comme n'étant rien de plus que la simple application de la logique puisque le rôle du juge est théoriquement d'appliquer, par déduction, des règles législatives plutôt que d'interpréter ou de développer des règles,

par induction, à partir d'affaires particulières. Il en résulte moins de justifications écrites pour les décisions judiciaires prises et, par conséquent, moins de transparence que dans les systèmes de droit commun.

En outre, les magistrats du parquet dans les pays de droit civil bénéficient d'un statut similaire à celui des magistrats du siège. En France et en Italie, par exemple, les magistrats du siège et les magistrats du parquet appartiennent à la catégorie professionnelle de la magistrature. De même, la Bulgarie et la Roumanie ont développé un système de magistrature dans lequel les magistrats du siège et les magistrats du parquet sont considérés comme faisant partie de la branche judiciaire. Une explication à cette classification peut être relevée dans les différences théoriques à l'origine de l'approche inquisitoire (droit civil) et de l'approche contradictoire (droit commun) dans la recherche de la vérité. Dans le fonctionnement d'un système inquisitoire, le besoin de séparation se fait moins sentir entre les fonctions judiciaires et celles de mise en oeuvre des poursuites.

3. *Héritages de la tradition du droit socialiste*

La variante du droit civil actuellement en place en Europe de l'Est est très fortement influencée par la tradition du droit socialiste qui déforme certaines des caractéristiques types des systèmes de droit civil d'une façon qui empêche toute indépendance judiciaire. Dans le système judiciaire socialiste, l'État était indubitablement fondé sur le droit, mais les lois et autres normes n'avaient pas de légitimité démocratique puisqu'elles étaient élaborées par un État à parti unique. En outre, la loi n'était que l'un des nombreux instruments de contrôle de l'État et n'était pas le plus important (Solomon et Foglesong, p. 4). Enfin, en raison du manque de séparation des pouvoirs, il n'était pas nécessaire que les juges soient des preneurs de décisions indépendants. Bien au

contraire, la loyauté était bien plus appréciée que l'indépendance.

a. *Le procurat*

Le procurat (*prokuratura*), une institution plus vaste et plus puissante que le parquet, était la branche judiciaire principale de l'État communiste et les juges étaient effectivement subordonnés aux procureurs. En effet, le procureur était non seulement responsable des poursuites, mais également du contrôle de la « légalité des procédures » (Solomon et Foglesong, p. 6).

Hérité du pouvoir et de l'importance révolus du procurat, le procurat réformé post-socialiste continue d'avoir recours à la plupart des meilleurs et des plus influents professionnels du droit. En conséquence, il s'est engagé dans une obstruction politique de la réforme puisque les procureurs perçoivent bien souvent les changements destinés à renforcer le système judiciaire et améliorer son indépendance comme une menace pour leur pouvoir et prestige.

b. *Méthodes et formes de raisonnement judiciaire*

D'après Ewa Letowska, juriste polonaise, juge à la Cour administrative suprême et premier « ombudsman » de Pologne, « les tribunaux [sous le régime socialiste] étaient non seulement contraints par la loi, mais également par chaque acte normatif... Le système juridique n'était pas un système de lois seulement, mais également un système d'actes créés par l'administration. Les tribunaux affirmaient qu'ils n'étaient pas autorisés à exercer de contrôle sur le pouvoir exécutif, même si ce dernier émettait une loi anticonstitutionnelle » (rapport de Letowska). Conformément à cette approche, le raisonnement judiciaire dans les pays post-socialistes, comparés à d'autres pays de droit civil, tend à se fier encore davantage à la stricte interprétation du droit positif et est moins enclin à s'arrêter sur les résultats incompatibles, illogiques ou anticonstitutionnels découlant de

l'application littérale du droit. Jan Hrubala, un ancien juge slovaque, a écrit « qu'en dépit des changements démocratiques intervenus dans la société, certains représentants de la profession judiciaire continuent de se comporter comme si les juges n'étaient autres que des fonctionnaires dont le rôle est de satisfaire la volonté des personnes actuellement au pouvoir et d'accepter, sans aucune réserve, les décisions prises par les officiels de l'administration » (rapport de Hrubala).

c. *Statut inférieur des juges*

En raison de leur rôle relativement insignifiant au sein du système judiciaire socialiste, le statut des juges dans la société était considéré comme relativement bas. Ils étaient considérés comme des fonctionnaires ne réalisant plus ou moins que des fonctions administratives. Une des indications de leur statut inférieur est le fait que la majorité des juges de l'Union Soviétique n'étaient pas suffisamment privilégiés pour posséder leurs propres appartements (Solomon et Foglesong, p. 7). De même, la plupart des observateurs considèrent que le fait qu'une grande majorité des juges dans les systèmes judiciaires socialistes étaient des femmes est une preuve supplémentaire de ce statut inférieur plutôt qu'un signe d'égalité des sexes. Bien que le statut des juges se soit nettement amélioré au cours de ces 10 dernières années, ils n'ont cependant pas encore droit, la plupart du temps, à un statut comparable à celui de leurs homologues occidentaux. La plupart des personnes qui sont devenues juges lorsque la profession connaissait un statut inférieur sont restées à leur poste, sans vraiment améliorer l'image perçue par le public quant aux connaissances judiciaires globales. En Ukraine et en Russie, plus particulièrement, les juges continuent d'officier dans des salles d'audience et des bureaux dans un état de délabrement avancé. Les juges dans chacun des pays étudiés (y compris la Pologne) travaillent dans des conditions inadéquates et sans ressources, ce qui prouve que leur

statut et leurs fonctions ne sont toujours pas appréciés à leur juste valeur.

d. *Interférence du pouvoir exécutif et justice par téléphone*

Les interférences dans les prises de décisions judiciaires individuelles étaient si courantes sous le droit socialiste, particulièrement en Union Soviétique, que le terme « justice par téléphone » était très largement utilisé pour faire référence au phénomène particulier selon lequel les juges décidaient d'une affaire en se fondant sur les instructions reçues par téléphone d'un officiel du gouvernement. La compétence juridictionnelle des tribunaux était limitée dans le droit socialiste et, même pour les affaires qui passaient devant eux, les juges s'en remettaient généralement aux magistrats du parquet. En conséquence, les autorités exécutives contrôlaient de nombreuses fonctions judiciaires.

Cela a entraîné une tendance persistante du pouvoir exécutif à intervenir dans la prise de décisions judiciaires. En Pologne, par exemple, le dirigeant du parti politique Solidarité alors au pouvoir a récemment procédé à des « conversations disciplinaires » avec des juges du Tribunal constitutionnel qui avaient pris des décisions contraires aux intérêts de son parti (*Gazeta Wyborcza*, 3-4 juin 2000). En outre, l'ancien Président de la Pologne, Lech Walesa, a un jour téléphoné au président de la Cour administrative suprême pour exiger l'assurance du résultat d'une affaire particulière, entraînant par-là même la démission du juge (rapport de Letowska). En Roumanie, les interférences du pouvoir exécutif semblent avoir eu des effets tangibles. La Cour suprême a annulé sa propre décision de jurisprudence concernant les propriétés nationalisées en 1994 à la suite de la critique publique par l'ancien président communiste roumain et d'un appel extraordinaire du procureur général. La Cour suprême a annulé une seconde fois sa décision en 1996, revenant à sa première décision de jurisprudence, après l'élection, pour la première fois, d'un

gouvernement anticommuniste (rapport de Macovei).

L'influence du pouvoir exécutif est également exercée de bien d'autres manières. Dans de nombreux pays de l'Europe de l'Est, le conseil de la magistrature, qui contrôle la nomination, la promotion et la discipline des juges, est lui-même contrôlé par le pouvoir exécutif par le biais de la nomination de membres du conseil. En Bulgarie, les membres du Conseil suprême de la magistrature doivent siéger pendant cinq ans. Cependant, depuis la mise en place du Conseil en 1991, un seul conseil a siégé pendant les cinq ans prévus car deux tentatives sur trois par le gouvernement de mettre fin aux mandats des membres du conseil en place et de procéder à des réélections anticipées ont en fait réussi. La Cour constitutionnelle de Bulgarie a confirmé la validité constitutionnelle de ces actions en 1991 et 1999 après la nomination de la majorité de la cour par le parti cherchant à procéder à des réélections anticipées. Cependant, elle a déclaré une tentative, celle de 1994, anticonstitutionnelle après la nomination de la majorité de la cour par ce qui était alors un parti de l'opposition (rapport de Grozev et Boev).

La composition des conseils de la magistrature est également affectée par d'autres types d'influences plus subtiles du pouvoir exécutif. Plusieurs pays permettent aux magistrats du parquet et/ou autres officiels du pouvoir exécutif tels que le ministre de la justice de siéger au conseil ou d'y nommer des représentants. Dans certains pays tels que la Slovaquie, les présidents de cours détiennent des postes d'administration d'État, ainsi que des postes judiciaires, créant ainsi de possibles conflits d'intérêts.

e. *Contrôle centralisé*

Un autre produit du système judiciaire socialiste est une forte éthique du contrôle centralisé qui continue à avoir un impact sur l'indépendance judiciaire. En Ukraine, par exemple, le système judiciaire offre toujours

une voie aux magistrats du parquet pour « protester » contre les *pomylka* (erreurs) commises par les cours et pour les cours supérieures de régulièrement soumettre les décisions des cours inférieures à *cassation* ou à *une nouvelle audition* des faits et lois. Ces procédures ne violent pas à proprement parler les principes de l'indépendance judiciaire, mais elles mettent un frein au développement d'un système judiciaire indépendant lorsqu'il est mis en œuvre par des personnes individuelles et des institutions trempées dans la tradition d'un fort contrôle centralisé. Selon un avocat ukrainien, Serhei Safulko, « le juge « est pris entre deux feux », entre ce qu'il pense être le bon droit et les ordres qui lui sont transmis des cours supérieures ». En outre, dans une certaine mesure et toujours selon Safulko, le contrôle hiérarchique est auto imposé :

La plupart du temps, lorsqu'il n'existe pas de pression de l'extérieur, les juges remplissent leurs tâches professionnelles de façon impartiale. Cependant, les juges, particulièrement dans les tribunaux de districts (villes), consulteront régulièrement des juges de tribunaux supérieurs, particulièrement de tribunaux régionaux. Ils demandent l'avis de ces juges sur la façon de statuer au mieux sur une affaire ou sur une autre et suivent presque toujours le conseil qu'ils reçoivent, même s'il est mauvais (rapport de Fitzmahan).

En outre, en Ukraine, les pratiques soviétiques qui consistent à discuter des données concernant la « stabilité des sentences » (ou dans quelle mesure les appels réussissent) lors de congrès judiciaires continuent de fonctionner comme un moyen de contrôle sur l'indépendance individuelle (rapport de Fitzmahan). Bien que l'Ukraine semble afficher un plus fort contrôle centralisé que les autres pays étudiés, la pratique qui consiste à accorder des promotions judiciaires en se fondant principalement sur le faible nombre d'appels des décisions d'un juge (ayant donné lieu à

annulation) se poursuit également dans d'autres pays.

4. Récents efforts de réforme

a. Choix et nomination des juges

En Europe de l'Est, un conseil de la magistrature choisit généralement les juges candidats à la nomination par le président ou, dans certains cas, le ministre de la justice. La principale mesure de réforme dans le choix et la nomination des juges a été d'isoler, à des degrés variés, ce processus du pouvoir exécutif. Pourtant, dans les pays étudiés, seule la Hongrie a réussi ce qui semble être un complet isolement du processus de nomination de l'influence du pouvoir exécutif. En Hongrie, les présidents des tribunaux régionaux évaluent les candidatures aux postes judiciaires et nomment les juges. Les conseils de la magistrature régionaux autogérés ne peuvent offrir que des avis non obligatoires sur les candidats. La seule exception à ce processus pour les cours de droit commun est le président de la Cour suprême qui est élu par un vote majoritaire des deux tiers du Parlement lors de la nomination du Président de la République (rapport de Bard). La Pologne a recours à une forme moins élaborée de transparence et de dispositif de protection contre la nomination d'amis dans le choix des juges. Les candidatures aux postes de magistrats sont prononcées par l'assemblée générale de la cour correspondante et un candidat à un poste de juge ne peut être choisi, pour quelque poste que ce soit, que s'il existe au moins deux candidats pour le même poste. Pourtant, loin s'en faut, le système n'est pas infaillible car les relations personnelles peuvent jouer un rôle dans les premières phases d'une carrière judiciaire (l'accomplissement d'un stage judiciaire est requis pour pouvoir officier en tant que juge en Pologne) et les candidats aux stages qui ont des contacts familiaux dans la profession judiciaire sont, non officiellement, privilégiés (rapport de Letowska).

Le système actuellement en place en Slovaquie, au moment de la rédaction de cet article, est quelque peu exceptionnel. Le rôle du Conseil de la magistrature créé en 1995 consiste à n'émettre que des avis et les juges sont actuellement nommés par le Parlement lors de la nomination du gouvernement. Cependant, le gouvernement slovaque, à la suite de la victoire électorale des forces pro démocratiques, a préparé un ensemble de réformes judiciaires qui, au moment de la rédaction de cet article, allait reconstituer (ou constituer un nouveau) le conseil de la magistrature rebaptisé le Conseil supérieur de la justice. Le Conseil supérieur de la justice serait chargé de recommander des candidats officiellement nommés par le Président de la République de Slovaquie qui a été choisi, plutôt que le ministre de la justice ou le Premier ministre, pour remplir cette fonction parce que le président a été élu au suffrage universel et est largement perçu comme une figure politique neutre en Slovaquie, n'ayant pas de liens proches avec les partis politiques (rapport de Hrubala).

Plusieurs États doivent encore initier une véritable réforme dans ce domaine. En Russie et en Ukraine, les procédures bureaucratiques continuent de créer de nombreuses opportunités d'interférence du pouvoir exécutif. Dans ces pays, des commissions de qualification judiciaire présélectionnent les candidats au niveau local en passant leurs qualifications en revue. La Russie suit une procédure très élaborée, voire peut-être même exagérément bureaucratique. Les commissions de qualification judiciaire, qui sont composées exclusivement de juges, recommandent des candidats locaux devant être nommés par les législatures régionales. Les législatures régionales, à leur tour, envoient les noms des candidats approuvés à la Cour suprême qui établit des recommandations pour la nomination des candidats par le Président de la Fédération de Russie (Solomon et Foglesong).

L'Ukraine a recours à une procédure similaire, dans laquelle les commissions de

qualification judiciaire comprennent des professeurs de droit, des représentants de services locaux du Ministère de la Justice, des officiels locaux et des juges. Outre les commissions de qualification judiciaire, des présidents de cours locales et des officiels du Ministère de la Justice font passer des entretiens aux candidats et le chef du service régional du Ministère de la Justice recommande les candidats au ministre de la justice. Ce dernier peut alors renvoyer la demande d'un candidat à la région, mettant ainsi fin à la candidature de cette personne ou recommander que le candidat soit nommé par le Conseil supérieur de la justice (rapport de Fitzmahan).

Les processus utilisés en Russie et en Ukraine ont été critiqués pour être politiques et opaques. Le système ukrainien est particulièrement problématique puisque les commissions de qualification judiciaire comprennent des autorités locales du pouvoir exécutif et le Ministère de la Justice peut à plusieurs reprises passer les candidats au crible avant que le processus formel d'approbation du Conseil supérieur de la justice ne commence (rapport de Fitzmahan).

b. Examen écrit pour les nominations judiciaires en Géorgie

Une autre réforme essentielle au processus de sélection judiciaire, dont le but est d'améliorer l'indépendance du système judiciaire, est d'avoir recours à des critères fondés sur le mérite et de faire connaître la procédure de sélection afin de renforcer la confiance du public dans le système judiciaire. Un exemple remarquable de réforme soutenue par les bailleurs de fonds étrangers est le processus de sélection fondé sur un examen écrit mis en place en Géorgie par le biais d'une loi de 1997 sur les tribunaux de juridiction générale, processus qui s'applique à tous les juges en place, ainsi qu'aux juges nouvellement nommés (pour une description des impacts positifs de ce processus sur l'indépendance judiciaire en Géorgie, voir l'article de Mark K. Dietrich,

Legal and Judicial Reform in Central Europe and the Former Soviet Union [Réforme juridique et judiciaire en Europe Centrale et dans l'Ex-Union Soviétique] (Washington, DC: World Bank 2000), pp. 7-8, ci-après appelé l'« Article de Dietrich »). La Cour suprême de Géorgie a pour la première fois administré l'examen écrit de qualification judiciaire en 1998, et il a été offert cinq autres fois entre 1998 et septembre 2000.

La structure du processus d'examen résulte d'une collaboration entre le Barreau de Californie et le Conseil de la magistrature de Géorgie. Avec le soutien de l'USAID, l'ABA CEELI a pris les dispositions pour qu'un expert de l'examen du Barreau de Californie se rende en Géorgie pour travailler avec le président de la Cour suprême de Géorgie afin de créer une procédure de sélection objective, fondée sur un examen, qui serait administrée de manière juste et perçue comme étant impartiale par les candidats et le public (Article de Dietrich).

Tout d'abord, le Conseil de la magistrature nomme les membres d'une commission d'examen chargée d'administrer l'examen de manière à garantir la confidentialité de l'identité des candidats. L'examen, qui teste la connaissance du droit géorgien, est divisé en deux parties : une partie composée de questions à choix multiples, sur ordinateur, comprenant 100 questions, et avec un taux de réussite obligatoire de 75 %. La deuxième partie, la rédaction d'une dissertation, est administrée la semaine suivante. Le premier examen a été imprimé en Californie, puis mis à bord d'un avion de Lufthansa à San Francisco, sous la surveillance du consul général d'Allemagne aux États-Unis. L'ambassadeur d'Allemagne en Géorgie a accueilli l'avion à Tbilissi et transporté les copies des examens dans sa limousine jusqu'à l'ambassade d'Allemagne où elles sont restées jusqu'au jour de l'examen. CEELI et le Conseil de la magistrature avaient mobilisé des observateurs internationaux chargés de

s'assurer que les candidats ne trichaient pas le jour de l'examen. Immédiatement après la fin de l'examen, les réponses ont été projetées sur un écran et les candidats, qui avaient conservé une copie carbone de leurs feuilles de réponse, ont pu comparer leurs réponses aux réponses correctes. Le taux de réussite pour le premier examen était seulement de 47 sur un total de plusieurs centaines de candidats. Aucun juge en poste du groupe n'a réussi à l'examen (Article de Dietrich).

Après l'examen, les candidats ayant réussi ont été invités à poser leur candidature auprès du Conseil de la magistrature pour obtenir les postes vacants existants. Après que le Conseil a soumis à un entretien tous les candidats, le Conseil a voté pour décider si le (la) candidat(e) devait être nommé(e) pour l'approbation définitive du président (Article de Dietrich).

La procédure d'examen toute entière a été largement couverte par les médias géorgiens qui avaient également été invités à couvrir l'examen lui-même. Le processus a été considéré comme juste et transparent, même par ceux qui n'ont pas réussi à l'examen et le public a été agréablement surpris d'apprendre que des personnes avec des relations haut placées avaient échoué à l'examen. Cependant, la Cour constitutionnelle a par la suite déclaré que les juges en place qui avaient échoué étaient néanmoins autorisés à siéger pendant le reste de leur mandat de 10 ans. Ce sujet reste à ce jour une intense question de débat public.

5. *Déroulement de la carrière judiciaire*

La carrière judiciaire débute très jeune en Europe de l'Est, tout comme en Europe Occidentale. Les jeunes diplômés de droit peuvent commencer une carrière judiciaire immédiatement après avoir terminé leurs études de droit de premier cycle en recevant une nomination judiciaire après avoir suivi une ou plusieurs années de stage. Cependant, en raison du statut historique

relativement bas des juges, les meilleurs jeunes diplômés de droit en Europe de l'Est ont eu tendance à se diriger vers d'autres carrières juridiques, comme par exemple travailler pour l'État en qualité de magistrat du parquet ou s'engager dans les tous nouveaux cabinets privés pour des carrières beaucoup plus lucratives. Cela a quelque peu changé au cours de ces dernières années car les salaires judiciaires ont augmenté et le marché des avocats privés s'est rétréci. L'indépendance accrue des juges a également rendu cette carrière plus attirante. Selon une étude officielle réalisée en Bulgarie, les principales motivations des diplômés de droit à rechercher une carrière de juge étaient une affinité pour les professions juridiques, le statut indépendant des juges et les opportunités de développement de carrière. Pourtant, même dans les pays où cela est vrai, la carrière judiciaire est bien souvent considérée comme une carrière de départ, un moyen de passer plusieurs années à apprendre les pratiques du droit et à se faire des contacts afin de pouvoir ensuite passer à un poste plus lucratif en tant qu'avocat privé ou autre professionnel juridique (rapport de Grozev et Boev).

Dans d'autres pays, comme l'Ukraine, où les salaires de départ des juges sont d'un niveau inférieur disproportionné et où l'indépendance judiciaire est presque inexistante, les étudiants en droit continuent de considérer la profession de juge comme « la profession la plus basse disponible parmi les professions juridiques » (rapport de Fitzmahan). Même en Hongrie où les salaires sont compétitifs pour les postes de juges en début de carrière et où le prestige de la carrière s'est accru, les augmentations au cours de la carrière n'ont lieu que très lentement et il existe un fort taux de d'abandon parmi les juges les plus compétents qui trouvent facilement des postes plus lucratifs dans le secteur privé (rapport de Bard).

a. Augmentations de salaires

Une simple réforme pouvant avoir un impact direct sur le caractère attrayant de la profession de juge, tout au moins pendant les premiers stades d'une carrière juridique, serait d'augmenter les salaires. En Roumanie, en 1997, environ un tiers des 3.600 postes de juges étaient vacants. Les salaires ont considérablement augmenté depuis lors et le nombre de candidatures à un nouveau programme de formation obligatoire de neuf mois à l'Institut national des magistrats est passé à 4.000 pour 120 places disponibles (rapport de Macovei). Il reste cependant à voir où le taux de renouvellement se stabilisera. Il est possible que de meilleurs salaires attirent de jeunes diplômés de droit ambitieux, comme en Bulgarie, qui voient cependant la profession de juge comme une carrière de départ plutôt que comme une carrière permanente. Le nouvel amendement constitutionnel proposé en Slovaquie qui ferait passer l'âge minimal des juges après stage de 25 à 30 ans peut être un moyen de rompre cette tendance.

b. Rendre les plans de retraite plus intéressants

Une autre approche pour attirer et retenir les juges d'un plus haut calibre, qui semble avoir porté ses fruits en Pologne, serait de consacrer des ressources importantes aux plans de retraite des juges. Les salaires des juges en Pologne ont augmenté considérablement et ils sont payés un peu plus que les magistrats du parquet d'un rang équivalent. Cependant, une des plus grandes incitations à travailler en tant que juge est le fait de se qualifier pour une retraite plus importante que toute autre dans la profession juridique : 75 % du dernier salaire touché (rapport de Letowska). En conséquence, la carrière de juge attire probablement plus de personnes qui accordent de l'importance à la stabilité de l'emploi à long terme par rapport à un gain financier immédiat, réduisant ainsi le syndrome de la carrière de point de départ [voir l'article de Richard E. Messik, Groupe du secteur public, Banque mondiale, *Donor*

Sponsored Support for Judicial Reform : A Critical Appraisal (Soutien parrainé par les bailleurs de fonds pour la réforme judiciaire : une évaluation critique) (Mai 1998), article non publié disponible auprès de l'IFES]. De même, une nouvelle réforme en Slovaquie permettrait aux retraités de représenter jusqu'à 10 fois le dernier salaire d'un juge.

c. Réformer le système de promotion à l'intérieur du système judiciaire

Tout comme avec le processus de sélection, le pouvoir exécutif semble disposer d'un degré démesuré de contrôle sur la promotion des juges dans certains des pays étudiés. En Ukraine, par exemple, les promotions sont fondées sur des évaluations réalisées par le Ministère de la Justice, principalement en prenant en compte le nombre et le type d'affaires entendues par le juge et le nombre de jugements ayant été annulés (bien que les promotions elles-mêmes soient décidées par les commissions de qualification judiciaire). En Russie, les évaluations des commissions de qualification judiciaire sont présentées aux législatures régionales pour que ces dernières prennent une décision. La politisation qui résulte de ce procédé est mise en évidence par les députés qui « assument le droit de critiquer les actions des juges et de dicter des résultats dans des affaires particulières » (Solomon et Foglesong, p.8).

Dans certains pays, le contrôle du pouvoir exécutif sur le processus de promotion est plus subtil. En Roumanie, par exemple, les juges sont évalués par les présidents de leurs cours et les promotions sont approuvées par le Conseil supérieur de la magistrature, mais le Ministère de la Justice conserve un rôle dans la proposition des promotions au Conseil supérieur. Le Ministère de la Justice de Bulgarie peut également exprimer son opinion sur les promotions judiciaires au Conseil judiciaire suprême.

Le problème général que présentent les systèmes de promotion utilisés en Europe de l'Est est le fait que ces systèmes soient

fondés sur peu de critères objectifs et semblent principalement reposer sur les relations personnelles et politiques (rapport de Grozev et Boev). Cependant, dans les pays où la réforme judiciaire progresse bien, cette situation peut changer. L'ensemble de réformes en Slovaquie exigerait que chaque poste judiciaire fasse l'objet d'une annonce publique, comme c'est le cas en Pologne, et créerait également un système d'évaluation obligatoire tous les cinq ans fondé sur des critères clairement définis. D'après une loi de 1997 relative au statut et la rémunération des juges, la Hongrie a déjà adopté un système d'évaluation régulière fondée sur des critères élaborés par le Conseil national de la justice (l'équivalent hongrois d'un conseil de la magistrature). Après une première évaluation réalisée au moment de la nomination à un mandat à durée indéterminée, les juges doivent se soumettre à deux autres évaluations effectuées au cours des six années suivantes (rapport de Bard).

6. Action disciplinaire pour faute judiciaire

La possibilité de révoquer les juges de leur poste varie de façon importante d'un pays à un autre. Dans certains pays, les juges de droit commun sont tout d'abord nommés pour une période d'essai de trois à cinq ans avant de devenir éligible pour un mandat à durée indéterminée (en Bulgarie, Hongrie, Russie, Slovaquie et Ukraine). Un amendement constitutionnel en Slovaquie éliminerait cependant la période d'essai pour les juges, rendant ainsi tous les juges inamovibles. Cette règle s'applique déjà en Roumanie et en Pologne. En Géorgie, tous les juges sont nommés pour des mandats de 10 ans, renouvelables, règle qui était pratiquée en Russie de 1989 à 1992. Dans la plupart des cas, les juges nommés dans des cours supérieures sont assujettis à des mandats à durée déterminée, comme cela est le cas pour la Cour suprême de Roumanie, ainsi que les Cours constitutionnelles de Pologne, de Russie et d'Ukraine.

Les juges, dans la plupart des pays, peuvent faire l'objet de poursuites pénales, avec des limitations mineures. Le Conseil suprême de la magistrature peut lever l'immunité dont bénéficient les juges bulgares s'il détermine qu'il existe suffisamment de preuves d'infractions graves et délibérées (rapport de Grozev et Boev). Dans un effort pour éliminer la corruption, le Parlement ukrainien a amendé la loi relative au statut des juges à l'automne 1999, éliminant les barrières protégeant les juges contre les poursuites pour actes criminels (rapport de Fitzmahon).

Dans la plupart des pays, une discipline non pénale est administrée par le conseil de la magistrature ou, comme en Russie et en Ukraine, par les commissions de qualification judiciaire. Les procédures peuvent généralement être initiées par le Ministère de la Justice ou un président de cour. Particulièrement en Roumanie, les critiques prennent pour cible le rôle dominant du pouvoir exécutif dans le processus. Le Conseil supérieur de la magistrature, dont un tiers des membres sont des magistrats du parquet, tient des audiences disciplinaires sur proposition du Ministère de la Justice et administre les sanctions disciplinaires contre les juges. Par opposition, les procureurs ne sont assujettis qu'à une discipline hiérarchique au sein du procurat (rapport de Macovei). La procédure en Bulgarie est similaire dans le sens où des audiences disciplinaires non pénales sont également tenues par le conseil de la magistrature devant lequel une action disciplinaire a récemment été engagée contre un juge qui n'avait pas rédigé une seule décision en deux ans (rapport de Grozev et Boev).

En Slovaquie, les audiences disciplinaires sont initiées par les présidents de tribunaux et menées par un panel de juges nommés par les présidents de tribunaux. Un panel disciplinaire peut proposer d'écarter un juge en raison d'un crime intentionnel ou de « défaillance grave », sur approbation du Parlement. Mais compter sur des juges pour

discipliner leurs collègues s'est révélé être problématique. Par exemple, lors d'un incident récent au cours duquel un juge slovaque, connu pour être corrompu, a été arrêté, puis condamné pour avoir versé des pots de vin à un juge tchèque dans une affaire transnationale, la majorité de ses collègues ont signé une « garantie sociale » remise lors de la procédure pénale tchèque attestant de la bonne réputation du juge corrompu (rapport de Hrubala). Il aurait sans aucun doute été inutile de compter sur le président du tribunal correspondant pour convoquer un panel disciplinaire dans cette affaire. Il était présent dans le restaurant même (en République Tchèque) où les négociations des pots-de-vin avaient été enregistrées, bien qu'il ait été assis à une certaine distance et n'ait pas été condamné pendant la procédure pénale tchèque. Il s'agit là d'un exemple flagrant (dont les détails sont bien connus en raison des circonstances inhabituelles ayant amené un juge tchèque à coopérer dans des poursuites pénales), mais les critiques soutiennent que cela ne fait que démontrer des pratiques bien ancrées (rapport de Hrubala).

L'ensemble de réformes proposées en Slovaquie ferait passer l'autorité, pour écarter un juge, du Parlement au Président de la République, l'officier élu perçu comme étant le moins redevable aux politiques politiciennes. Les nouvelles réformes feraient également passer la sélection des membres du panel disciplinaire au Conseil supérieur de justice, qu'elles doivent créer.

La Géorgie prend également des mesures pour réformer son système, ayant récemment établi une nouvelle procédure disciplinaire dans une loi adoptée en février 2000. Selon cette procédure, le Conseil de la magistrature (l'organisme gouvernant pour le système judiciaire) initie les procédures disciplinaires fondées sur les plaintes des citoyens, ainsi que sur des propositions faites par des présidents de tribunaux et le Conseil lui-même.

Bien que seulement quatre des douze membres du Conseil de la magistrature doivent nécessairement être des juges, il est possible de faire appel des sanctions disciplinaires auprès de la Conférence des juges, un comité de juges totalement autogéré. Offrir un mécanisme pour que les citoyens puissent adresser directement leurs plaintes au Conseil de la magistrature est une réforme particulièrement innovatrice.

a. Le problème de la corruption

La corruption est très répandue dans les sociétés d'Europe de l'Est et se retrouve également dans le système judiciaire. D'après une ONG bulgare, Anti-corruption Action Plan of Coalition 2000, « [la branche judiciaire bulgare] reçoit une très mauvaise note en matière de confiance, aussi bien du public en général que des autres institutions d'État. Elle est connue pour sa lenteur, son inefficacité et sa corruption » (rapport de Grozev et Boev). D'après Jan Hrubala, « certaines personnes [en Slovaquie] pensent que si vous ou votre avocat n'avez pas d'amis au tribunal, il vous est impossible de gagner l'affaire ». Bien que la corruption soit peut-être moins répandue parmi les magistrats du siège que les magistrats du parquet et les personnes chargées d'enquêtes (rapport de Grozev et Boev), un sondage d'opinions réalisé récemment a révélé que les membres de la branche judiciaire et des professions médicales étaient les éléments les plus corrompus de la société slovaque (rapport de Hrubala). D'après l'ancien magistrat du parquet Monica Macovei, la corruption dans le système judiciaire roumain est notoire, mais elle semble être particulièrement prédominante dans les cours inférieures car il est difficile, dans le processus d'appel roumain, de contester les faits établis dans une cour inférieure. En conséquence, un résultat corrompu au niveau des tribunaux de première instance, fondé sur des faits falsifiés n'a que peu de chances d'être annulé (rapport de Macovei).

Pourtant, Ewa Letowska affirme que la perception du public de la corruption est

exagérée en ce qui concerne les juges, sauf peut-être dans une classe plus étroite d'affaires liées à des questions commerciales dont la valeur monétaire est importante. Elle déclare que les greffiers corrompus et les avocats malhonnêtes ont tout aussi intérêt à promouvoir l'idée que les juges sont corrompus (rapport de Letowska). Cela est parfaitement plausible puisqu'il n'existe que peu d'occasions pour une personne de verser des pots-de-vin directement à un juge. Dans la plupart des cas, il est probable que les avocats jouent les intermédiaires. Il existe également de nombreuses occasions (et parfois même une exigence) pour des personnes ou des avocats de verser des pots-de-vin aux greffiers dans le but d'établir des calendriers favorables et d'accéder aux dossiers. En effet, en Pologne, les domaines dans lesquels la corruption est la plus répandue sont ceux auxquels seuls participent les greffiers (et non pas les juges), comme par exemple l'enregistrement de sociétés ou de terres (rapport de Letowska).

La corruption a un impact négatif sur l'indépendance judiciaire de deux façons contradictoires. Tout d'abord, un climat de corruption crée une multitude de voies d'influence abusive sur les prises de décisions du système judiciaire. Par ailleurs, les mécanismes disciplinaires, mis en place dans l'optique de réduire la corruption, peuvent être utilisés à des fins politiques.

b. Les efforts pour réduire la corruption

Des efforts ont été entrepris pour réduire la corruption parmi les juges. Plus que toute autre, la suggestion la plus souvent répétée a été d'accroître les salaires des juges. En effet, le combat de la corruption a été la principale justification aux accroissements de salaires substantiels enregistrés dans toute cette région du monde, même si la Russie et l'Ukraine restent des exceptions. Comme indiqué précédemment, les accroissements de salaires ont aidé à améliorer l'attrait exercé par la profession de

juge et ils ont peut-être réduit la possibilité de justifications intéressées expliquant la corruption, bien qu'il n'existe que peu de preuves selon lesquelles les accroissements de salaires ont eu un effet positif sur la réduction de la corruption. La réforme repose sur le fait que de nombreux juges acceptent des pots-de-vin car ils ne peuvent pas s'offrir un niveau de vie décent. Il est également possible que les juges continuent d'accepter des pots-de-vin pour accroître leur niveau de vie une fois leurs besoins essentiels satisfaits.

En Géorgie, les salaires ont augmenté et une nouvelle procédure a été adoptée pour assurer la sélection de juges compétents en se fondant sur des critères objectifs (tel que présenté ci-dessus). Dans le cadre d'une réforme globale dont l'objectif était en partie d'éliminer la corruption judiciaire, le Conseil de la magistrature a également adopté un code de conduite judiciaire qui n'est pas juridiquement contraignant, mais qui est assujéti à une responsabilité disciplinaire. Comme indiqué précédemment, la Géorgie a adopté une loi relative à la responsabilité disciplinaire en février 2000, mettant à la disposition des citoyens une procédure pour porter plainte, directement auprès du Conseil de la magistrature, contre l'éthique des juges, y compris les pratiques de corruption.

Dans certains pays, tels que la Bulgarie et la Slovaquie, des associations non gouvernementales de juges ont volontairement adopté des codes de conduite judiciaire qui ont reçu un soutien important de l'USAID par le biais de l'ABA CEELI. Un nouveau code, qui inclura la mise en place d'une commission disciplinaire, est actuellement en cours de rédaction en Bulgarie (rapport de Grozev et Boev). Une version préliminaire de code éthique judiciaire est également en instance au Parlement ukrainien.

Si la Slovaquie est représentative, les opinions des juges sont divisées quant au besoin de codes d'éthique. Certains d'entre

eux pensent que la rédaction d'un code d'éthique représente une étape importante pour l'amélioration de l'état, loin d'être satisfaisant, de l'éthique judiciaire. D'autres, en revanche, pensent qu'aucun code spécial d'éthique judiciaire n'est nécessaire puisque les normes éthiques générales et officieuses de la société s'appliquent également à eux. D'autres encore pensent que les garanties procédurales et les lois existantes sont suffisantes. Une autre partie considère que la simple discussion de l'éthique judiciaire est une menace inhérente à leur efficacité en tant que juges, préférant apparemment la corruption endémique au statu quo (rapport sur la Slovaquie).

Certaines voix s'élèvent dans cette région du monde, comme celle de la Coalition 2000 en Bulgarie, pour appeler à la phase plus progressive d'établissement d'une commission indépendante chargée d'étudier la corruption. Cependant, la création du *National Council for Action against Corruption and Organized Crime* (Conseil national pour l'action contre la corruption et le crime organisé) en Roumanie en 1997, et la création d'agences spéciales au sein même du bureau du procureur général roumain et du bureau d'inspection de la police générale en 1998 ne semblent avoir eu que peu d'effets (rapport de Macovei).

Des poursuites pénales pour corruption contre des juges ont eu lieu dans la région, bien que le nombre semble être particulièrement faible. En juin 2000, le Ministère de la Justice roumain a demandé une enquête et la poursuite judiciaire de six juges et le procureur général en a approuvé trois. En 1999, 21 magistrats du siège et du parquet, au total, ont fait l'objet d'enquêtes, donnant lieu à des poursuites judiciaires contre quatre magistrats du siège et deux magistrats du parquet (rapport de Macovei). Entre-temps, en Bulgarie, environ six personnes chargées d'enquête et magistrats du parquet ont fait l'objet de poursuites judiciaires, mais aucun juge (rapport de Grozev et Boev). Enfin, bien que qu'aucune poursuite n'ait eu lieu pour corruption

jusqu'à ce jour, l'Ukraine a adopté une loi en 1999 levant l'immunité des juges afin de combattre la corruption.

Avant même que les professionnels du droit ne débutent leur carrière, les effets de la corruption se font déjà sentir. Les universités dans toute cette partie du monde prospèrent souvent grâce aux pratiques de corruption (par exemple, en acceptant des pots-de-vin pour l'entrée à l'université ou des notes, et autres formes de trafic d'influence), un phénomène qui reçoit une vive attention des bailleurs de fonds. Un moyen essentiel de combattre la culture persistante de corruption est de s'y attaquer à ce stade, lorsqu'elle peut affecter de façon permanente les futurs avocats et juges au cours des années de formation de leurs valeurs professionnelles. Les programmes cliniques d'enseignement du droit font contrepoids à la complaisance face à la corruption dans l'enseignement supérieur du droit.

7. Assignations des affaires

La pratique prédominante en Europe de l'Est est la discrétion absolue des présidents de tribunaux pour l'assignation des affaires aux juges de leurs tribunaux. Cette pratique tend à affecter l'impartialité des juges d'un certain nombre de façons en offrant des moyens de corruption, de plus grandes opportunités d'interférence du pouvoir exécutif et en renforçant le fort contrôle hiérarchique. En conséquence, les autorités exécutives souhaitant influencer les affaires politiques, ainsi que les personnes recherchant un avantage pécuniaire, peuvent obtenir les résultats escomptés de façon régulière en établissant des relations officieuses avec les présidents de tribunaux concernés. Un président de tribunal coopératif dispose de la pleine autorité pour assigner n'importe quelle affaire particulière à un juge politiquement accommodant ou à un juge corrompu. En effet, en Bulgarie, les affaires politiques très médiatisées sont souvent retenues par le président du tribunal,

qui statuera lui-même, ou sont attribuées au vice-président (rapport de Grozev et Boev).

En Pologne les présidents de tribunaux ont recours à un tirage au sort pour assigner les affaires, mais le système est très mal connu, ce qui donne lieu à de forts soupçons de la part du public sur la corruption dans le processus d'assignation (rapport de Letowska). En revanche, en Slovaquie, il n'existe pas de méthode systématique pour assigner les affaires, bien que certains présidents de tribunaux utilisent les méthodes de tirage au sort. Cependant, plusieurs présidents de tribunaux en Slovaquie ont assigné de façon répétée des affaires impliquant des poursuites très médiatisées pour diffamation d'officiels d'État aux mêmes juges, soulevant des doutes quant à la notion d'indépendance (rapport de Hrubala).

8. Questions budgétaires

a. Insuffisance de fonds

La fonction judiciaire en Europe de l'Est manque en permanence de fonds. En Pologne, un des pays les plus prospères parmi les pays étudiés, seulement environ deux tiers des montants demandés par les présidents de tribunaux sont effectivement accordés dans le budget. En outre, les budgets de la fonction judiciaire varient largement en fonction des vents politiques. En Bulgarie, où les réformes judiciaires semblent être soumises à une pression politique accrue, le budget pour la fonction judiciaire en 2000 a chuté de 27 % par rapport à celui de 1999 alors que les fonds pour la plupart des services gouvernementaux sont restés les mêmes ou ont augmenté (rapport de Grozev et Boev). Le manque permanent de fonds pour les tribunaux bulgares, fonds qui couvrent d'importantes dépenses d'administration telles que le chauffage, les équipements et le personnel, est souvent comblé par les frais de greffe, bien que cela ait tendance à fortement décourager la nomination de témoins experts ou d'avocats pour les

défendeurs démunis puisqu'ils sont aussi payés à partir des frais de greffe (rapport de Grozev et Boev).

Les commentaires de Jan Hrubala sont largement représentatifs : « Les juges travaillent souvent dans des bureaux non conformes aux normes, mal équipés, dans des bâtiments vétustes dont le plâtre s'effrite et ils n'ont pas accès à de la littérature professionnelle... Certains tribunaux peuvent à peine fonctionner en raison du manque de personnel » (rapport de Hrubala). D'après une étude réalisée sur les tribunaux polonais par la *Helsinki Foundation for Human Rights* (Fondation de Helsinki pour les droits de l'homme), une ONG basée à Varsovie, seulement 36 % des juges disposent d'un bureau personnel, le reste d'entre eux partageant leur bureau, parfois avec six autres juges. 60 % des juges n'ont pas d'ordinateur ; 38 % d'entre eux partagent un ordinateur avec au moins douze autres juges. 50 % des tribunaux n'ont pas de bibliothèque et 20 % ont une bibliothèque considérée inadéquate [L. Bojarski et J. Swaton, *Monitoring of the Material Conditions of District Courts* (Contrôle des conditions matérielles des tribunaux régionaux) (Varsovie : Helsinki Foundation for Human Rights 1999), dossier auprès de l'auteur, ci-après appelé « Bojarski et Swaton »]. L'un des plus grands problèmes d'infrastructure est le manque d'assistance administrative qualifiée. Les juges dans toute cette région du monde passent un temps considérable à remplir des fonctions administratives qui interfèrent avec l'efficacité générale des tribunaux et empêchent les juges de passer suffisamment de temps pour s'assurer de la qualité de leurs prises de décisions.

b. *Discretion judiciaire concernant le budget*

Tout aussi important que le montant des ressources financières accordées à la fonction judiciaire est le degré de contrôle sur la formulation du budget et sa dépense. En Russie et en Ukraine, le contrôle du

pouvoir judiciaire au moyen de leviers financiers, particulièrement au niveau local, est beaucoup plus prononcé que dans les autres pays. En Russie, les fonds alloués aux tribunaux dans le budget de l'État ne sont que très rarement versés. En conséquence, les tribunaux russes ont eu recours aux gouvernements locaux, et parfois même à des sources privées, pour combler le déficit, offrant des opportunités pour l'exercice d'influences abusives (Solomon et Foglesong, pp. 37-39).

Une situation similaire existe en Ukraine. Dans un article de journal publié en 1999, Vitaliy Boyko, le président de la Cour suprême d'Ukraine, écrivait :

Les conditions financières déplorables du budget de l'État obligent les juges en chef et autres juges à chercher des « sources » supplémentaires de financement, auprès des budgets des gouvernements locaux et de sponsors extérieurs. Les tribunaux cherchent de l'aide pour des besoins de base tels que l'électricité, le chauffage, le téléphone, les réparations de bâtiments, etc. Lorsque des litiges surviennent entre les citoyens et des organismes locaux du pouvoir, la partie insatisfaite, bien évidemment, aura des doutes quant à l'impartialité du tribunal et la légitimité de la décision de justice définitive. Le public aura ces doutes, même si la décision du tribunal est juste et fondée sur la loi (*Holos Ukrainy*, 24 novembre 1999).

Un avant-projet de loi pour réformer le système judiciaire ukrainien devait créer une administration des tribunaux nationaux sous les auspices du Congrès des juges pour l'administration du budget judiciaire. La loi est cependant dans une impasse politique (rapport de Fitzmahan). Une initiative similaire en Russie, destinée à remettre l'autorité budgétaire et administrative des

tribunaux à un service judiciaire de la Cour suprême, fait partie d'un programme de réformes modérées (Solomon et Foglesong).

Dans de nombreux pays de cette région du monde, le Ministère de la Justice contrôle le budget attribué aux tribunaux, offrant ainsi des occasions de contrôle extérieur abusif du pouvoir judiciaire. Cependant, en Hongrie, une réforme judiciaire en 1997 a permis de créer le Conseil national de la justice qui agit comme un représentant suprême du pouvoir judiciaire et est également investi de la responsabilité d'établir l'avant-projet et de surveiller la partie du budget d'État relatif à l'administration des tribunaux. Le Conseil, composé aux deux tiers de juges, remet chaque année au gouvernement un budget pour l'administration des tribunaux. Le gouvernement peut y apporter des retouches, mais lorsqu'il présente le budget d'État au Parlement, il doit clairement indiquer la proposition d'origine du Conseil et donner les raisons des modifications éventuelles apportées (rapport de Bard).

En Bulgarie, le Conseil suprême de la magistrature prépare et contrôle le budget, qui est remis au Parlement par le conseil des ministres (c'est-à-dire le cabinet). En outre, le Ministère de la Justice peut présenter des propositions et des objections justifiées (rapport de Grozev et Boev).

En Géorgie, le contrôle sur le budget pour l'administration des tribunaux est exercé par le service logistique de la Cour suprême. Un avant-projet de budget est tout d'abord préparé avec la participation des présidents de tribunaux, puis il est présenté au Conseil de justice pour être approuvé. Après approbation, le président le soumet au Parlement, avec le budget d'État. Le fait que le service logistique se situe à la Cour suprême a fait l'objet de critiques acerbes destinées à dénaturer la relation entre la Cour suprême et les tribunaux inférieurs. En conséquence, il est probable que le service tout entier sera transféré soit au Conseil de la justice (élu ou nommé par le pouvoir judiciaire, le président et le parlement en

tiers égaux), soit à la Conférence des juges (organisme autogéré élu parmi les juges) (rapport Kavtaradze).

En Pologne, alors que le Ministère de la Justice contrôle le budget de la plupart des tribunaux ordinaires, la Cour suprême, la Cour administrative suprême et la Cour constitutionnelle proposent chacune leur propre budget au Ministère des Finances et au Parlement, contournant ainsi le Ministère de la Justice. Ce changement a eu lieu à la suite de la campagne de 1997, menée pour l'autonomie de l'administration des tribunaux, qui, hormis ce point, a échoué (rapport de Letowska). De même, en Slovaquie, seule la Cour constitutionnelle contrôle son propre budget et l'ensemble actuel de réforme judiciaire n'accorderait un contrôle budgétaire similaire qu'à la Cour suprême.

La plus grande conséquence pour l'indépendance judiciaire provient probablement du contrôle sur les avantages qui affectent directement la vie des juges, comme, par exemple, le logement. Des privilèges tels que les logements étaient des instruments courants de contrôle social pendant la période communiste. En Roumanie, en Russie et en Ukraine, les logements et autres avantages sont encore soumis au bon vouloir du gouvernement local. En outre, le pouvoir exécutif dans de nombreux pays peut indûment influencer les tribunaux en exerçant un contrôle sur des questions qui affectent directement les conditions de travail, comme, par exemple, l'entretien du tribunal et l'embauche d'assistants.

9. Formation

De nombreux observateurs pensent que les juges d'Europe de l'Est ne possèdent pas les connaissances suffisantes et reçoivent une formation inadéquate pour remplir leurs fonctions de façon efficace et avec confiance. De nombreux juges conservent de vieilles habitudes qui interfèrent avec le développement d'un système judiciaire

indépendant, comme, par exemple, la conformité sociale ou l'attente de directives d'en haut. En outre, ils ont souvent des difficultés à raisonner à partir des principes plus importants contenus dans les constitutions et traités internationaux ; ils connaissent mal les concepts éthiques de base et comment les appliquer en pratique. En Pologne, par exemple, les juges ne pensaient pas qu'il était déplacé que l'épouse d'un juge soit administrateur judiciaire dans le même district que celui de son mari ; le Conseil national judiciaire a d'ailleurs passé une résolution à cet effet (rapport de Letowska).

Il existe diverses options pour améliorer la formation que reçoivent les juges d'Europe de l'Est et d'Eurasie. Un expert a suggéré que les juges ukrainiens bénéficieraient grandement de contacts avec leurs homologues occidentaux, que ce soit par le biais de formation officielle ou autre (rapport de Fitzmahan). Cela peut effectivement être un élément important pour renforcer l'estime de soi et la confiance des juges, ainsi que pour apporter le soutien moral d'un groupe international de pairs.

Un certain nombre de pays dans cette région du monde, comme la Bulgarie et la Géorgie par exemple, ont mis en place des centres de formation judiciaire. Ces centres prennent en charge une fonction nécessaire qui consiste à éduquer les juges dans des domaines importants du droit qui enregistrent des changements rapides en Europe de l'Est. Cependant, l'ampleur de l'influence de cette formation sur le type de comportement et les attitudes qui mettent un frein à l'indépendance judiciaire fondamentale est moins claire. Ces initiatives peuvent probablement avoir un impact important sur l'indépendance judiciaire lorsqu'elles mettent l'accent sur la formation éthique ou sur l'application de la constitution ou des traités internationaux sur les droits de l'homme dans le cadre du droit national. La formation éthique peut aider à étayer les efforts entrepris pour réduire la corruption. L'application des principes constitutionnels

et des principes internationaux des droits de l'homme peut faire contrepoids aux exigences du pouvoir exécutif pour des interprétations juridiques favorisant une discrétion gouvernementale excessive. En règle générale, un diplôme de droit de premier cycle n'offre pas suffisamment de connaissances et de formation dans ces domaines.

En Roumanie, l'Institut national des magistrats, calqué sur le modèle français de l'École de la magistrature, a été établi au début des années 1990 avec le soutien de l'USAID par le biais de l'ABA CEELI. La participation était volontaire et les juges n'y portaient pas grand intérêt. Il avait quasiment cessé d'exister en 1996 lorsque son fondateur est devenu ministre de la justice. L'institut a repris vie peu de temps après et son sort s'est amélioré sur une décision du Ministère de la Justice en 2000 exigeant que les candidats à la profession de juge suivent une formation de neuf mois à l'Institut. Comme indiqué précédemment, au moment de la rédaction de l'article, on comptait 4.000 candidatures pour 120 places. La Géorgie a l'intention de suivre un chemin similaire, transformant son centre de formation judiciaire en une École de la magistrature qui administrera un programme de formation obligatoire pour les candidats à la magistrature. La Géorgie, qui estime que les meilleurs professeurs pour les juges sont leurs aînés, a également l'intention de dispenser des cours de formation des formateurs pour juges (rapport Kavtaradze).

Cependant, à long terme, le moyen le plus efficace d'améliorer la capacité des juges à l'indépendance est de réformer l'enseignement universitaire. Le style très théorique et didactique d'enseignement du droit dans cette région du monde n'aide que très peu à développer les capacités de raisonnement juridique et de pensée critique des juges. En outre, la période essentielle de développement des valeurs professionnelles des juges et des avocats a lieu pendant ou immédiatement après l'enseignement universitaire. Les écoles de droit doivent

enseigner les questions d'éthique aux futurs professionnels du droit, mais l'éthique est mieux enseignée en se fondant sur des exemples concrets tirés de l'expérience réelle. La formation clinique au droit – au cours de laquelle les étudiants offrent des services juridiques à des clients sous-représentés, sous la supervision rapprochée d'avocats qualifiés et de professeurs – offre l'avantage d'utiliser les faits et circonstances d'affaires réelles dans l'enseignement du droit. Dans le cadre des programmes cliniques, des professeurs bien formés améliorent non seulement les compétences pratiques et les capacités de raisonnement des étudiants, mais peuvent également contribuer à former des avocats et juges conscients de l'éthique.

Un certain nombre de bailleurs de fonds ont aidé à lancer un mouvement d'enseignement clinique du droit en Europe et en Eurasie. Le réseau de fondations de Soros a été particulièrement actif et soutient actuellement des programmes cliniques dans plus de 60 universités dans cette région du monde. Chaque programme clinique comprend généralement plusieurs sections ou classes sur des sujets allant du droit civil au droit pénal en passant par l'asile politique, le droit sur les organismes à but non lucratif et la violence conjugale. Le soutien financier apporté par Soros est de l'ordre d'environ \$15.000 à \$30.000 par an, avec une moyenne de 40 à 50 étudiants participant à chaque programme par an. Les étudiants, dont la plupart commenceront une carrière dans la magistrature aussitôt après avoir obtenu leur diplôme, vivent ce qui est probablement l'expérience la plus transformante qu'ils peuvent avoir dans une école de droit pour un coût qui s'élève à environ \$500 par étudiant.

10. *Portée du contrôle judiciaire*

En règle générale, le contrôle judiciaire soutient la notion d'indépendance du système judiciaire car il permet aux tribunaux d'évaluer de façon critique les

actions des branches exécutive et législative sur le fondement des principes constitutionnels et des principes internationaux des droits de l'homme. Les systèmes juridiques en Europe de l'Est ont largement adopté le contrôle judiciaire de la législation et, dans une moindre mesure, des réglementations et des actions de la branche exécutive. Chacun des pays étudiés dans cet article a établi une cour constitutionnelle en suivant généralement les modèles français et allemand. Leurs compétences varient considérablement. La Cour constitutionnelle hongroise peut annuler n'importe quelle loi en se fondant sur la plainte formulée par n'importe quelle personne selon laquelle la loi en question entre en conflit avec la constitution, ou encore de sa propre initiative. D'autres cours constitutionnelles n'effectuent un contrôle judiciaire que lorsqu'une plainte est formulée par le président ou le Premier ministre, par une partie du parlement ou par des tribunaux de droit commun.

En outre, certains pays, tels que la Pologne, ont mis en place des mécanismes pour un contrôle poussé des décisions prises par les autorités administratives, contrôle assuré par le biais d'une cour administrative suprême. Le contrôle des décisions et actions des autorités administratives est également assuré par l'institution de l'« ombudsman », qui a été particulièrement bien reçu en Pologne, mais qui a également été établi dans beaucoup d'autres pays de cette région du monde. La Hongrie a établi plusieurs « ombudsmans », connus sous le nom de commissaires, y compris un commissaire pour la protection des données et la liberté d'information qui, entre autre, intente des poursuites en justice pour des refus par les autorités administratives d'État de fournir les informations requises.

Le droit international offre un niveau supérieur de contrôle judiciaire. La plupart des pays dans cette région du monde, voire même peut-être tous les pays, sont des systèmes monistes dans lesquels les traités internationaux sur les droits de l'homme

sont directement applicables et ne requièrent pas une législation de mise en oeuvre. En outre, la plupart des constitutions reconnaissent les traités internationaux sur les droits de l'homme comme faisant partie du droit national du pays et donnent la priorité à ces traités en cas de conflits avec d'autres lois (voir, par exemple, la constitution roumaine, articles 11 et 20). Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg propose un contrôle judiciaire absolu pour les questions tombant dans le domaine d'application de la Convention européenne sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales.

Le contrôle judiciaire a des conséquences directes sur l'indépendance du système judiciaire en Pologne. Les articles 178 et 179 de la Constitution de 1997 contiennent des garanties concrètes de l'indépendance judiciaire. L'article 179 garantit l'inamovibilité et l'article 178 stipule que :

- (1) Les juges, dans l'exercice de leurs fonctions, doivent être indépendants et seulement assujettis à la Constitution et aux lois.
- (2) Les juges doivent avoir accès à des conditions adéquates de travail et recevoir une rémunération correspondant à leurs fonctions et à l'étendue de leurs tâches.
- (3) Un juge ne doit pas appartenir à un parti politique, à un syndicat ou exercer des fonctions publiques incompatibles avec les principes d'indépendance des tribunaux et des juges (Constitution polonaise adoptée par l'Assemblée nationale le 2 avril 1997 et confirmée par référendum en octobre 1997).

En outre, la Cour constitutionnelle peut décider si ces conditions sont mises en oeuvre ou non, sur simple demande du Conseil national judiciaire. En effet, l'indépendance du système judiciaire a été le sujet de plusieurs décisions de la Cour

constitutionnelle en Pologne. En 1993, une décision attaquait la loi relative à la structure des palais de justice, objectant le rôle d'ingérence du Ministère de la Justice dans la nomination et le renvoi des présidents de tribunaux, ainsi que le caractère vague des critères de disqualification et le manque de garanties procédurales ou d'implication des cours disciplinaires. Une décision de 1994 a souligné que la sécurité financière des juges est un facteur important pour le renforcement de l'indépendance judiciaire (rapport de Letowska).

11. Transparence des procédures et accès au processus judiciaire

Une plus grande transparence est essentielle pour assurer l'indépendance judiciaire en Europe de l'Est. La transparence est un moyen efficace pour créer une obligation de responsabilité sans renforcer les opportunités d'interférences du pouvoir exécutif ou un fort contrôle hiérarchique au sein du pouvoir judiciaire. En outre, la transparence favorise une plus grande confiance du public dans le système judiciaire, établissant un cercle vertueux de renforcement positif.

Plusieurs des réformes décrites précédemment comprennent des mesures d'amélioration de la transparence. Par exemple, le nouvel examen de qualification judiciaire mis en place en Géorgie est un modèle de la façon dont la transparence dans la sélection des juges peut assurer l'impartialité et renforcer la confiance du public dans le système judiciaire. Dans d'autres pays, les postes judiciaires vacants sont annoncés dans les journaux et les candidatures individuelles sont rendues publique. Dans les pays où des méthodes de tirage au sort d'assignation des affaires sont utilisées, comme en Pologne par exemple, une plus grande transparence concernant ces affaires peut aider à améliorer la perception du public concernant la corruption et l'impartialité du système judiciaire.

Un des domaines qui pose des problèmes particuliers est la pratique associée à la publication des motivations écrites des décisions judiciaires et même des décisions définitives elles-mêmes. En Ukraine, par exemple, les jugements et les transcriptions officielles des procédures sont rédigés à la main et ils sont seulement mis à la disposition des parties au litige. En effet, la loi relative au statut des juges de 1992 exige la « confidentialité du processus de prise de décision judiciaire ». Elle exige également le « secret des décisions de justice et l'interdiction de les divulguer » ; la loi ajoute que « [un] juge n'est pas tenu de s'expliquer sur l'essence des affaires sur lesquelles il ou elle travaille, ou de les mettre à la disposition de quiconque pour qu'elles soient révisées, sauf dans les cas et dans l'ordre prévus par la loi » [loi ukrainienne relative au statut des juges (*Zakon Ukrainy, Pro Status Suddiv*), articles 11, 12, Décret Verkhovna Rada n° 2863-12, 15 décembre 1992 ; *Holos Ukrainy*, 10 février 1992, p. 3, amendé le 2 février 1993, tels que traduits dans le rapport de Fitzmahon].

D'autres pays sont un peu plus transparents en ce qui concerne la prise de décision judiciaire. En Bulgarie, par exemple, les décisions judiciaires ne sont pas confidentielles, mais seuls des extraits de certaines opinions sont publiés au bulletin officiel. En Slovaquie, des avis écrits sont exigés pour chaque affaire, mais les noms des juges ne sont pas indiqués lorsque ces avis sont publiés.

En Pologne, les avis publiés indiquent les noms des juges. Chaque avis de la Cour constitutionnelle polonaise et de la division constitutionnelle (mais pas des divisions civile et criminelle) de la Cour suprême est publié, ainsi que les avis de certaines cours d'appel. Les avis dissidents ne sont pas publiés, bien que le nom des juges dissidents soit inclus. Un expert slovaque a affirmé l'importance de la publication des avis des tribunaux supérieurs et dans les affaires les plus importantes et que les juges devraient

être tenus d'expliquer pourquoi leurs résultats diffèrent de ceux d'autres juges dans des affaires similaires. Pourtant, les juges ont tendance à ne pas justifier leurs décisions, même si elles semblent contredire une décision de la Cour suprême ayant pour objet d'harmoniser la loi (rapport de Hrubala).

Contrairement aux décisions de hautes cours de justice, les opinions des tribunaux de première instance ou des cours régionales ne sont pas publiées. Des jugements écrits ne sont émis par les tribunaux polonais de première instance que lorsque l'une des parties annonce son intention d'interjeter appel ou lors qu'il existe une différence d'opinion. En règle générale, aucun raisonnement n'est enregistré par écrit et cela ne serait probablement pas faisable étant donné l'accumulation de travail en retard (rapport de Letowska). Ce point est corroboré par la remarque de Jan Hrubala selon laquelle l'exigence slovaque d'avis écrits, même pour les affaires mineures, est la principale cause des retards énormes enregistrés dans les tribunaux slovaques (rapport de Hrubala). D'après Ewa Letowska, les cours d'appel polonaises n'évaluent pas les raisonnements des tribunaux de première instance. Elles fonctionnent par déduction et, puisqu'il est communément présumé qu'il n'existe qu'une seule interprétation de la loi, les juges des cours d'appel considèrent la décision du juge du tribunal de première instance correcte ou non (rapport de Letowska).

12. Société civile – partisans et groupes de surveillance

a. Associations judiciaires non gouvernementales

Une approche fondée sur la société civile très utile pour favoriser un système judiciaire indépendant est la création d'associations judiciaires non gouvernementales à adhésion facultative et dirigées par leurs membres. L'USAID a

soutenu la création de telles associations par le biais des activités de l'ABA CEELI et de puissantes associations judiciaires non gouvernementales existent déjà en Bulgarie, en Géorgie, en Pologne et en Slovaquie. Il existe également un grand nombre d'associations professionnelles qui comprennent des juges ainsi que d'autres professionnels du droit. Pourtant, en Russie et en Ukraine, les intérêts des juges sont représentés par des entités légales auxquelles l'adhésion n'est pas facultative et qui n'ont pas une personnalité juridique indépendante.

Les juges slovaques ont établi l'une des premières associations judiciaires de cette région du monde, avec le soutien de CEELI, et elle s'est révélée être un porte-parole courageux de l'indépendance du système judiciaire à l'époque où la politique slovaque était dominée par des forces antidémocratiques (rapport de Hrubala). Une association judiciaire a été créée en Bulgarie en 1997, cette fois encore avec le soutien de CEELI, et ses activités incluent l'adoption d'un code de conduite judiciaire facultatif, l'établissement d'un centre de formation judiciaire et la remise de mémoires d'*amicus curiae* à la Cour constitutionnelle concernant les affaires interprétant l'indépendance du pouvoir judiciaire et le code de procédure pénale (rapport de Grozev et Boev). En Pologne, l'association des juges, à laquelle l'adhésion est facultative, *Iustitia*, coopère avec les médias en leur fournissant librement des informations par le biais d'entretiens et de conférences de presse, éduque les juges et développe la prise de conscience par le public des problèmes du pouvoir judiciaire. Par exemple, *Iustitia* a pris publiquement position en 1998 lorsque le sous-secrétaire du Ministère de la Justice a déclaré que « les juges sont tenus d'exécuter des actes, non de les critiquer » (rapport de Letowska). Le débat public qui en a résulté a renforcé la prise de conscience des menaces potentielles envers l'indépendance du pouvoir judiciaire.

b. *Autres acteurs externes*

Les associations judiciaires peuvent fonctionner comme des défenseurs de l'indépendance judiciaire, particulièrement en éduquant le public sur les questions judiciaires. Cela peut avoir lieu en partie par le biais des médias, qui jouent un rôle particulièrement important de liaison entre le pouvoir judiciaire et le public. Avec le nouvel examen de qualification judiciaire mis en place en Géorgie, les médias ont porté à l'attention du public les détails du processus, ce qui, à long terme, a permis d'obtenir un soutien du public pour le pouvoir judiciaire. Les médias peuvent également pallier les défauts au niveau de la transparence officielle, comme en Slovaquie, où ils publient parfois les noms des juges qui ne sont pas cités dans les avis publiés officiellement (rapport de Hrubala). Le journalisme d'investigation peut également se révéler extrêmement efficace (particulièrement pour combattre la corruption) bien qu'un important obstacle à cette stratégie soit la grande disponibilité et le recours aux sanctions pénales pour diffamation des officiels d'État. Les procès qui s'ensuivent se terminent généralement par un acquittement en Pologne (rapport de Letowska), mais ils résultent fréquemment en des sanctions pénales dans certains autres pays, comme, par exemple, la Roumanie (rapport de Macovei).

En outre, les médias doivent être bien éduqués afin de s'assurer que leur couverture médiatique des questions concernant l'indépendance judiciaire est utilisée de façon constructive pour favoriser la réforme plutôt que pour simplement promouvoir une rhétorique populiste selon laquelle les tribunaux sont responsables de l'augmentation de la criminalité. Cependant, en matière d'éducation des médias, un certain nombre d'obstacles existent. La connaissance et la compréhension du droit font défaut aux journalistes qui ne montrent pas non plus d'intérêt à les acquérir. En outre, les juges ne sont pas préparés à travailler avec les médias et ne semblent pas

vouloir aider les médias à présenter les informations judiciaires de façon plus objective et véridique (rapport de Hrubala).

Dans une certaine mesure, les avocats travaillant dans le secteur privé peuvent également rendre les juges responsables lorsque l'indépendance judiciaire est menacée par la corruption ou des procédures inappropriées, bien qu'ils aient eux-mêmes tendance à avoir un intérêt direct à maintenir un certain manque de transparence et des pratiques officieuses qui favorisent la corruption. Les défenseurs des droits de l'homme font remarquer que leur présence dans une salle d'audience semble avoir des effets atténuants sur les juges qui pourraient se laisser influencer par la pression du pouvoir exécutif. Les ONGs pourraient renforcer cet effet en rassemblant des exemples de bonnes et mauvaises pratiques et en les diffusant auprès du public. En outre, les ONGs peuvent jouer un rôle important en tenant les tribunaux pour responsables et en plaidant la cause du pouvoir judiciaire. Le projet de contrôle des tribunaux de la fondation *Helsinki Foundation for Human Rights*, dont les résultats sont présentés plus haut dans cet article, en est un bon exemple (voir Bojarski et Swaton).

13. *Recommandations générales*

De l'évaluation comparative des réformes dans le domaine de l'indépendance du système judiciaire entreprise en Europe et en Eurasie et de l'analyse des problèmes persistants découlent un certain nombre de recommandations générales.

a. Moins de voyages, plus d'études

Dans certains pays, comme en Ukraine, il est important pour les juges d'être plus exposés à leurs homologues occidentaux afin de recevoir un soutien moral et d'améliorer leur estime de soi, éléments qui sont nécessaires pour une indépendance. Cependant, la formation devrait

probablement être mieux ciblée sur des domaines directement pertinents, comme, par exemple, le droit constitutionnel et son raisonnement, le droit international, la gestion des tribunaux et l'éthique, afin de s'assurer que la formation a un rapport avec l'amélioration de l'indépendance. Idéalement parlant, les juges devraient recevoir une formation de leurs aînés et des programmes de formation des formateurs devraient donc être encouragés.

b. Aborder la réforme de bas en haut

La réforme institutionnelle de haut en bas affiche souvent des progrès variables et de longs retards en raison des obstacles politiques. En conséquence, une grande partie de l'assistance étrangère apportée pour soutenir la réforme institutionnelle ne donne lieu qu'à de maigres résultats. Un soutien accru des bailleurs de fonds devrait être consacré aux acteurs de la société civile qui affichent une volonté politique plus claire et plus forte. Les bailleurs de fonds peuvent soutenir le développement de groupes et de programmes de surveillance des tribunaux, ainsi que leurs efforts pour accroître l'efficacité des associations judiciaires. Les ONGs qui comptent sur les stratégies juridictionnelles pour atteindre leurs objectifs sociaux devraient également recevoir un appui en tant que moyen de pression pour la réforme. En règle générale, les bailleurs de fonds devraient utiliser leurs financements pour soutenir les objectifs de réforme institutionnelle des acteurs de la société civile.

c. Mettre l'accent sur les réformes institutionnelles à petite échelle

Une stratégie complémentaire des bailleurs de fonds, constituant une autre alternative à une réforme institutionnelle complète de haut en bas, serait de soutenir des réformes institutionnelles à petite échelle, facilitant ainsi l'activité des groupes et programmes de surveillance et améliorant la confiance du public dans le système judiciaire.

Des exemples comprennent le développement de normes objectives, explicites et publiées pour la nomination et la promotion des juges, une plus grande publication et distribution des décisions judiciaires, une plus grande transparence en ce qui concerne l'assignation des affaires, l'établissement des calendriers et les pratiques d'enregistrement, ainsi qu'un registre des biens et revenus des magistrats, mis à jour annuellement. Des stratégies aussi simples que la fourniture d'équipements modernes pour la transcription des débats judiciaires peut également avoir un impact important.

d. Des médias informés et éduqués

Les médias peuvent jouer un rôle constructif, mais aussi destructeur, dans l'effort mené pour améliorer l'indépendance judiciaire. Les journalistes d'investigation peuvent contribuer à dévoiler les affaires de corruption et autres influences indues affectant la prise de décision judiciaire. Parallèlement, les médias peuvent également contribuer à une érosion de la confiance du public en perpétuant les stéréotypes de l'inefficacité du pouvoir judiciaire. Les bailleurs de fonds internationaux peuvent avoir un impact sur le rôle des médias en s'assurant qu'ils sont adéquatement formés pour couvrir les questions juridiques et qu'ils sont sensibilisés à l'importance de l'indépendance judiciaire.

e. Combattre la corruption

Une stratégie clé pour combattre la corruption serait de simplifier la gestion des tribunaux, particulièrement au niveau local. De longs retards, un manque de transparence et des systèmes de classement désorganisés offrent de grandes opportunités de corruption. Parallèlement, encourager le développement de bureaux disciplinaires pour statuer sur les plaintes des citoyens concernant des comportements contraires à l'éthique et encourager des poursuites ou décisions disciplinaires contre des juges de haut niveau pourrait avoir un effet tangible

sur la réduction de la corruption. Enfin, dans le but de réduire la culture globale de corruption, il est important d'enrayer la corruption qui sévit au sein du système d'enseignement du droit lui-même, où elle infecte aisément les valeurs des futurs professionnels du droit. La création de programmes d'enseignement clinique du droit et autres projets d'intérêt public peut faire contrepoids au comportement intéressé et corrompu qui est trop souvent la norme dans la vie universitaire.

f. Réformer l'enseignement du droit

Soutenir la réforme de l'enseignement du droit au niveau de l'université sera la meilleure garantie d'un pouvoir judiciaire indépendant à long terme. Les occasions de formation qui se présentent plus tard dans la vie ne se substituent nullement à un enseignement solide acquis pendant des études magistrales de droit. Plus particulièrement, les diplômés en droit devraient recevoir de meilleures formations au raisonnement juridique et aux compétences de pensée critique. Des programmes plus développés d'enseignement clinique du droit semblent promettre l'amélioration de l'efficacité des méthodes actuelles d'enseignement et l'introduction de dimensions éthiques importantes de pratique juridique dans les salles de classe.

C. L'indépendance judiciaire en France

par Louis Aucoin

1. Introduction

Le système du droit civil est l'un des grands héritages français. Comme l'a affirmé Napoléon : « ma véritable gloire n'est pas d'avoir gagné 40 batailles ; Waterloo effacera la mémoire de ces victoires. Ce que personne ne pourra jamais emporter, et qui vivra pour l'éternité, c'est mon code civil ». C'est pourquoi l'expérience de la France en matière d'indépendance judiciaire – l'histoire des institutions créées pour renforcer cette indépendance, les efforts pour équilibrer indépendance et responsabilité, les récentes réformes et les débats actuels – est susceptible d'intéresser les réformateurs dans les pays qui suivent telle ou telle variante de la tradition de code civil. Cet héritage est susceptible d'avoir une signification même s'il existe de grandes différences entre la situation économique et les traditions sociales, politiques et philosophiques de la France et des autres pays intéressés.

Tout cela pour plusieurs raisons. Premièrement la méfiance envers les juges, qui règne en France, a des chances de se retrouver dans la plupart des pays de droit civil, dont un grand nombre a hérité de la tradition française. Deuxièmement, la France a créé le *Conseil Supérieur de la Magistrature* (CSM) comme principale institution chargée de superviser l'indépendance judiciaire, et de nombreux pays de droit civil ont créé des conseils de la magistrature dans ce but.²⁷

²⁷ En France, la méfiance envers les juges est telle que la constitution n'accorde pas au judiciaire le statut d'une branche séparée du gouvernement. Au contraire, la constitution se réfère à une « autorité » judiciaire, qui est clairement subordonnée à l'exécutif et soumise à sa supervision. On reconnaît néanmoins la nécessité de garantir l'indépendance du judiciaire. A cette fin, l'article 64 de la constitution confie au Président de la République

Bien que la France ait adopté relativement peu de réformes relatives à l'indépendance judiciaire, les questions ont été largement débattues et les débats eux-mêmes ont eu un effet bénéfique en plaçant le judiciaire et le ministère de la justice sous une plus grande surveillance du public et en montrant au public les valeurs en jeu. De plus, les nombreuses réformes qui ont été débattues pourraient bien convenir à d'autres pays.²⁸ L'une des principales explications de la résistance de la France à la réforme et à la modernisation de son judiciaire est la conscience en France de l'influence, au moins historiquement, de son système dans les pays de droit civil dans le monde. Des propositions novatrices et efficaces pourraient ne pas rencontrer cette résistance hors de la France où le facteur de fierté culturelle est moins important.²⁹

la charge d'être le garant de l'indépendance judiciaire, et l'article 65 prévoit la création d'une institution spécialisée, le CSM qui aide le président à fournir cette garantie. Tous les pays du monde qui suivent la tradition française ont une telle institution.

²⁸ La France est célèbre pour de longues études de projets de réformes radicales et étendues de son système judiciaire, qui suscitent souvent des tempêtes de débats, de publicité et de discussions avec à long terme des résultats minimes. Des réformes du code civil ont été discutées depuis 1945, mais les efforts pour faire des réformes importantes n'ont réussi que dans quelques domaines tels que la nationalité, le droit de la famille, le droit de la propriété ou la bio-éthique. Au début des années 1990, le ministère de la justice a commandé une étude étendue de la réforme du code de procédure pénal et du code pénal, qui a abouti au fameux rapport Delmas-Marty, qui recommandait des réformes radicales, mais dont seules les plus rudimentaires ont été adoptées en dépit d'une opposition significative.

²⁹ Par exemple, au début des années 1990, la commission Delmas-Marty, qui avait été nommée par le ministre de la justice, a préparé un rapport extensif, qui recommandait de nombreuses réformes radicales. Bien que très peu de recommandations de ce rapport aient été adoptées, il a entraîné une étude étendue et même des réformes dans d'autres pays.

On observe actuellement en France, une frustration populaire très répandue envers le niveau de corruption au sein du système français. Des scandales ont impliqué la complicité de la part de membres du gouvernement dans toute une série d'affaires dont, entre autres, des délits d'initiés et autres transactions contraires au principe de pleine concurrence. La question du financement des partis politiques a donné lieu à une presse importante et de nombreux scandales, ce qui suggère une corruption partisane extensive, impliquant à nouveau la complicité du gouvernement. Le judiciaire a été critiqué pour ne pas avoir réussi à traduire en justice les auteurs présumés de ces machinations. On a souvent suggéré que la raison de l'échec du judiciaire se trouve dans l'influence politique indirecte que les partis politiques ont encore sur le judiciaire en dépit des réformes introduites dans la seconde moitié du 20^{ème} siècle et dont le but était précisément de l'isoler de ces influences.

Cette dernière perception a conduit à de vastes projets de réforme du judiciaire, entamés en 1997 sous les auspices du Président Jacques Chirac, et dont les champions ont été deux anciens ministres de la justice, Mme Elizabeth Guigou et son successeur Mme Marylise Lebranchu.³⁰

Cet article examinera l'histoire des divers raffinements des institutions chargées d'assurer l'indépendance judiciaire, y compris une analyse détaillée des réformes proposées à l'heure actuelle et des résultats de ces efforts. Il décrira également la carrière judiciaire établie en France de façon à faire comprendre la manière dont ces deux éléments contribuent d'une façon générale à l'indépendance judiciaire. L'article conclura avec une section de recommandations, dans laquelle certaines des réformes adoptées en France et celles qui ont été proposées, seront

³⁰ Marylise Lebranchu a remplacé Elizabeth Guigou au poste de ministre de la justice, le 18 octobre 2000.

analysées en raison de leurs possibilités d'application dans d'autres systèmes.³¹

2. *Les garanties institutionnelles de l'indépendance judiciaire*

La première mesure prise en France en vue d'offrir une certaine garantie institutionnelle de l'indépendance judiciaire remonte à 1883. En cette année, le parlement a reconnu la juridiction d'une chambre spéciale de la Cour de cassation (la cour suprême française) pour siéger en jugement des autres membres du judiciaire dans des questions disciplinaires. Cette chambre spéciale réunissait tous les membres de la Cour de cassation siégeant en séance plénière, et recevait le nom de Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM). Cette mesure visait à garantir que les membres du judiciaire, et non ceux de l'exécutif, seraient ceux qui jugeront les membres du judiciaire pour les questions de discipline.

Il convient de noter que le système judiciaire français se compose de « magistrats assis » et de « magistrats debout », cette dernière catégorie désignant les procureurs. En comparaison, dans les pays de droit commun, les procureurs ne sont pas considérés comme faisant partie du judiciaire. L'autorité en matière de discipline, accordée au CSM sous sa forme embryonnaire en 1883, ne concernait que les magistrats assis. La nomination et la discipline des magistrats debout étaient entièrement du ressort du ministère de la justice, qui a conservé cette autorité exclusive jusqu'en 1993.

³¹ Il convient peut-être ici de souligner que les juges administratifs du Conseil d'État sont considérés comme faisant partie de l'administration, et sont formés à l'*École nationale d'administration*. Il en résulte qu'aucune des règles qui gouvernent le judiciaire ordinaire, examinées dans cet article (l'inamovibilité, le poste à vie, l'éthique, la discipline, etc.) ne s'applique à eux.

En 1946, la nouvelle constitution exigeait du président de partager le pouvoir de nommer les membres du CSM avec le Parlement et lui confiait un rôle significatif dans la nomination des juges. Le CSM créé par cette constitution se composait de quatorze membres, dont le président, le ministre de la justice, six membres nommés à une majorité des deux tiers par l'Assemblée nationale (dont ils ne pouvaient pas être membres), deux membres choisis par le président au sein de la profession juridique mais qui n'étaient ni députés au Parlement, ni membres du corps judiciaire, et quatre magistrats (deux assis et deux debout) choisis dans les rangs du judiciaire pour servir six ans.

La Constitution de 1958, qui a institué la Cinquième République, a restitué une partie de la participation du président dans les travaux du conseil. L'article 64 a clairement désigné le président comme garant de l'indépendance judiciaire et réaffirmé le concept de l'*inamovibilité*³² (voir, ultérieurement, l'étude de la carrière judiciaire). Apparemment, les rédacteurs de cette constitution ont estimé que le rôle confié au CSM en matière de discipline et de nomination judiciaires était suffisant pour prévenir une influence inappropriée de l'exécutif sur le judiciaire. Le pouvoir de nomination des membres du CSM, que le président partageait avec le Parlement sous l'empire de la constitution de 1946, a été confié exclusivement au président conformément à l'article 65. Selon la loi organique, six des neuf membres du CSM devaient être des juges, choisis sur une liste établie par le bureau de la Cour de cassation. Un autre membre devait être choisi au sein du Conseil d'État (le tribunal administratif le plus élevé de France), et deux autres membres devaient être choisis hors du pouvoir judiciaire.

³² La première référence constitutionnelle à l'inamovibilité se trouve dans la constitution de 1914, article 58. Plus récemment, elle a été mentionnée dans la constitution de 1946, article 84.

De plus, depuis 1958, le conseil assume un rôle important dans la nomination des juges de la Cour de cassation et des présidents des Cours d'appel. Le conseil propose des candidats pour ces postes qui sont alors nommés par le président. Bien que le président puisse techniquement refuser de nommer un candidat proposé, ce scénario est plus théorique que réel, puisque dans ces cas le choix du président reste limité à un candidat proposé par le conseil. Avant 1993, toutes les autres nominations judiciaires étaient faites conformément à une procédure selon laquelle le ministre de la justice proposait une nomination et le CSM avait l'autorité de formuler un avis dépourvu de force obligatoire sur cette nomination.

Un amendement adopté en 1993 a élargi et renforcé la juridiction du conseil, augmenté le nombre de ses membres et, pour la première fois, lui a donné un rôle consultatif dans la nomination et la discipline des magistrats debout. De plus, il a imposé au président le partage de son pouvoir de nomination des membres du conseil avec le Parlement. Selon l'amendement introduit en 1993, le conseil propose désormais non seulement les nominations à la Cour de cassation et celles des présidents des Cours d'appel, mais aussi les nominations des présidents des tribunaux de grande instance, ces derniers étant les principaux tribunaux de France. Ainsi, tous ces juges sont nommés par le président sur proposition du conseil. De plus, le rôle du conseil a été renforcé dans ce domaine en ceci que son avis sur les nominations par le ministre de la justice des magistrats assis de rang inférieur lie désormais le ministre.

De plus, depuis l'amendement de 1993 à l'article 65, le conseil se compose des membres suivants :

- Le président
- Le ministre de la justice
- Trois citoyens proéminents qui ne sont ni juges, ni membres du

parlement, nommés respectivement par le président de la république, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat

- Un juge du Conseil d'État, qui est élu par l'assemblée générale du Conseil d'État
- Cinq magistrats debout (procureurs)
- Cinq magistrats assis (juges)

Le conseil comprend deux sections distinctes – l'une compétente pour les juges, l'autre pour les procureurs. La section compétente pour les juges ne comprend qu'un seul procureur et la section compétente pour les procureurs ne comprend qu'un seul juge.

Les dix juges et procureurs sont choisis au sein du judiciaire conformément à une loi organique adoptée en 1994. La loi prévoit l'élection de ces membres par leurs collègues selon une procédure complexe.³³

Ainsi, suite à l'amendement de 1993, le rôle de l'exécutif dans la nomination aux postes les plus importants du judiciaire a été fortement réduit, et le rôle du ministre de la justice dans les nominations restantes est maintenant soumis au contrôle du CSM. De plus, l'amendement de 1993 exige que le président partage son pouvoir de nomination des membres du CSM avec les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat.

De plus, la Loi relative au statut de la magistrature pose une limite supplémentaire au pouvoir de l'exécutif. Elle prévoit une composition particulière du CSM lorsque celui-ci siège en tant qu'organe disciplinaire pour les magistrats assis. La loi exige du président de la république et du ministre de la justice de se récuser. L'article 65 prévoit également que les sessions sont présidées

³³ La procédure est détaillée dans la Loi relative au CSM du 5 février 1994 (L.94-100, articles 1-4)

par le président de la Cour de cassation. Selon cette loi, le pouvoir de mettre en mouvement les actions disciplinaires appartient au ministre de la justice, et, depuis une réforme de 2001, aux présidents des Cours d'appel et tribunaux d'appel d'instance supérieure.

Il ne fait aucun doute que les réformes de 1993 étaient novatrices. Elles sont la preuve que la France des temps modernes est préoccupée par l'amélioration de l'indépendance du judiciaire.³⁴ Plusieurs facteurs contribuent à cette préoccupation. L'un d'entre eux est clairement le pouvoir accru des associations de juges³⁵ qui insistent et vocifèrent de plus en plus en faveur de l'indépendance judiciaire. Cependant, aux yeux d'Antoine Garapon, ancien juge et meneur du mouvement, la puissance croissante des médias, le phénomène de la cohabitation, et l'influence de l'Union Européenne ont également joué un rôle.³⁶ Les médias en France, tout comme dans de nombreux autres pays du monde occidental, ont de plus en plus étalé au grand jour les injustices perçues dans la société française et ont attiré sur elles une attention sans précédent. La France en est à sa

³⁴ Alors que ce rapport se limite à une discussion des projets de réforme relatifs à l'indépendance judiciaire, les projets portaient également sur des réformes majeures de la procédure pénale. Ces projets se présentaient sous forme d'amendements aux lois existantes. L'ensemble regroupait un projet d'amendement constitutionnel traitant exclusivement de l'indépendance judiciaire et six amendements à des lois couvrant les deux sujets.

³⁵ Pour les besoins de cette étude, la notion d'association de juges est définie au sens large comme toute organisation formée par les juges pour, entre autres, représenter leurs intérêts, promouvoir la formation professionnelle, et protéger leur indépendance judiciaire. Ces organisations comprennent aussi des syndicats.

³⁶ La cohabitation est le terme utilisé par les Français pour caractériser la situation dans laquelle le président partage le pouvoir exécutif avec un Premier ministre et un cabinet du parti politique opposé. Ce phénomène est apparu pour la première fois en 1986.

troisième période de cohabitation, et ceci a conduit à un examen minutieux de toutes les actions de l'exécutif par des fonctionnaires de l'exécutif appartenant à des partis politiques opposés. C'est pourquoi il est beaucoup plus difficile d'essayer de maintenir les tentatives par l'exécutif d'influencer le judiciaire hors de la vue de l'opposition politique. Finalement, le fait que la France soit membre de l'Union Européenne et du Conseil de l'Europe – au moyen de leurs tribunaux respectifs, la Cour de justice des Communautés Européennes et la Cour européenne des droits de l'homme – a affecté son judiciaire et l'indépendance judiciaire. Les juristes et les juges français ont été exposés à des attitudes différentes et plus respectueuses envers le judiciaire, ce qui a ouvert la voie à une plus grande réceptivité à l'indépendance judiciaire.

Par conséquent, il n'est pas entièrement surprenant que, même après les réformes de 1993, la France ne soit toujours pas satisfaite de l'état d'indépendance du judiciaire. La controverse était si intense qu'en 1997, le président Chirac nomma une commission pour étudier des réformes supplémentaires pour améliorer l'indépendance judiciaire. Suite à cette étude, une nouvelle série de lois et un autre amendement constitutionnel ont été proposés et un vote final fût prévu pour janvier 2000.

Le projet couvrait trois domaines majeurs de réforme. Premièrement, le projet, s'il avait été adopté, aurait élargi la composition du CSM en ajoutant sept membres, qui auraient tous dû être choisis à l'extérieur du judiciaire et des autres pouvoirs politiques. Le conseil aurait gardé les dix membres du corps judiciaire (cinq magistrats assis et cinq magistrats debout) et le nombre de membres serait passé à 23, dont le président et le ministre de la justice.

Deuxièmement, outre le fait d'augmenter le nombre de membres extérieurs au corps judiciaire, au corps législatif et à l'exécutif de trois à dix, l'amendement proposé prévoyait des dispositions relatives à ces dix

membres : deux devaient être nommés par le président de la république, deux par le président de l'Assemblée nationale, deux par le président du Sénat, et quatre par le vice-président du Conseil d'État, le président de la Cour de cassation et le président de la Cour des comptes, agissant de concert. Troisièmement, l'amendement prévoyait une augmentation importante de l'autorité du CSM tant pour la nomination que pour la discipline des magistrats debout.

Cependant, à la veille du vote de l'amendement constitutionnel, prévu pour le 24 janvier 2000, le débat sur ces réformes est devenu très politisé et, malheureusement, très partisan. Le président, convaincu que les réformes nécessiteraient un large soutien bien au-delà de considérations partisans, a reporté le vote à plus tard et la réforme a été momentanément abandonnée.

Quoi qu'il en soit, les autorités estiment que la formulation de ces réformes, et le débat qui les a entourées, ont eu une influence profonde sur le climat politique en ce qui concerne l'indépendance judiciaire. Le public est maintenant plus informé et plus sensible à ce sujet qu'il ne l'a jamais été et les juges bénéficient d'un respect nouveau pour leur indépendance au sein de la société française. De plus, le pouvoir des associations de juges, qui ont toujours été derrière les réformes proposées, fait maintenant partie du paysage politique français.

Ainsi, l'évolution du CSM et les facteurs, décrits dans cette section, qui ont encouragé cette évolution, combinés avec l'évolution de la supervision de la profession judiciaire, décrite dans la section suivante, oeuvrent ensemble pour définir le statut de l'indépendance judiciaire en France contemporaine.

3. *La carrière judiciaire*

Outre la loi relative à la fonction, à la composition et au rôle du CSM, une part considérable de la législation française traite

de la carrière judiciaire, et une grande partie de cette législation cherche à protéger l'indépendance judiciaire. L'article 64 de la constitution assure la protection de l'indépendance des juges dans l'exercice de leurs fonctions par le principe de l'inamovibilité. Selon ce principe, les juges sont protégés contre des révocations politiques et ne peuvent être révoqués que suite à une procédure disciplinaire ou à une procédure officielle au cours de laquelle leur incapacité mentale ou physique est établie. C'est là un principe qui se retrouve dans de nombreux autres systèmes juridiques dans le monde. La protection fournie par ce principe est renforcée en France par le fait que les juges sont nommés à vie et qu'ils n'ont donc nul besoin d'entretenir le soutien d'une force politique ou autre pour garantir la sécurité de leur poste. De plus, la Loi relative au statut de la magistrature, qui met en oeuvre certaines dispositions de la constitution, ajoute à la protection en stipulant qu'aucun juge ne peut être transféré ou même promu sans son consentement. Cette protection admet que même des transferts qui équivalent à une promotion peuvent être motivés par des réactions politiques à des décisions judiciaires. Dès lors, les juges n'ont pas à se soumettre aux formes de manipulation politique qui pourraient être à la source d'une telle action.

La loi contient des règles détaillées relatives aux conflits d'intérêt des juges. Selon ces règles, un juge ne peut servir dans une juridiction où son conjoint est soit sénateur soit député à l'Assemblée nationale. Il doit résider dans sa juridiction. Il ne peut siéger dans une juridiction où il a occupé une fonction officielle ou exercé le droit au cours des cinq dernières années. (Cette interdiction n'est que de trois ans lorsque le juge a été membre du Parlement Européen.) Lorsqu'un juge décide d'entreprendre une activité privée contraire à ces règles, il doit se démettre et informer le ministre de la justice de ses activités. Cette obligation d'informer le ministère de la justice de ses activités privées se poursuit pendant cinq ans après la cessation de ses fonctions.

Les juges peuvent parfois obtenir une dispense de ces interdictions, s'ils ont la permission du juge président de leur juridiction, lequel doit déterminer si l'activité en question ne compromet ni la dignité du juge ni son indépendance. Ils sont autorisés dans les mêmes conditions à enseigner dans leur domaine de leur compétence. Ils peuvent entreprendre un projet scientifique, littéraire ou artistique sans conflit d'intérêts. De même, lorsqu'ils ont servi quatre ans au moins en tant que juges, ils peuvent demander à être placés en « détachement » et accepter un poste dans l'exécutif. Après avoir opté pour ce statut, s'ils souhaitent redevenir juges, ils doivent se faire réadmettre au sein du corps judiciaire.

Les juges ont un devoir, auquel aucune dérogation n'est permise, de s'abstenir de participer à toute activité politique qui pourrait être perçue comme compromettant la réserve et l'objectivité qui sont essentielles à leur fonction, et ne peuvent manifester aucune hostilité envers la forme démocratique et républicaine de gouvernement garantie par la constitution. La loi contient également une interdiction générale de toute conduite qui pourrait sembler contraire à l'honneur et à la probité exigés des juges ou de nature à discréditer le judiciaire. De plus, ils sont tenus de garder le secret de leurs délibérations et il leur est strictement interdit d'enfreindre la stricte règle de la confidentialité.

Ces règles éthiques interdisent également aux juges d'entreprendre toute activité qui pourrait entraver le fonctionnement du judiciaire. Cette interdiction générale pose la question de leur droit de grève et d'adhérer à un syndicat. Concernant le droit de grève, les autorités sont en désaccord. Ce droit paraît enfreindre les dispositions expresses de la loi, mais, en même temps, le droit de grève est une garantie constitutionnelle dans le système français. C'est pourquoi la question n'a jamais été tranchée. Cependant, personne n'a remis en question le droit des juges de former des associations

professionnelles, et, en pratique, les associations de juges ont été l'une des forces principales en faveur des récentes réformes conçues pour mieux garantir l'indépendance judiciaire. Et, bien sûr, la liberté d'association est également une garantie constitutionnelle dans le système français.

Le ministère de la justice peut mettre en mouvement une procédure disciplinaire contre tout juge pour toute infraction à ces règles. Les procédures disciplinaires sont conduites par le CSM et peuvent aboutir à des sanctions disciplinaires allant d'une simple réprimande enregistrée dans le dossier du juge jusqu'à sa révocation avec suspension de ses droits à pension.

Bien que, d'une part, les juges n'aient pas le droit d'entreprendre des activités considérées comme incompatibles avec leur rôle, d'autre part, ils sont protégés contre toute poursuite sur le fondement de l'une quelconque de leurs activités professionnelles. Ils peuvent cependant être poursuivis pour des infractions qu'ils auraient pu commettre en tant que citoyens privés. L'État doit les protéger de manière générale contre des menaces ou attaques et les dédommager avec une pension d'État dans toute situation où ils seraient blessés dans l'exercice de leurs fonctions.

Les candidats peuvent accéder à la profession judiciaire en suivant plusieurs voies. Ils doivent tous avoir l'équivalent de quatre années d'enseignement supérieur après le baccalauréat. La plupart des juges sont recrutés sur la base d'un concours national, qui détermine leur droit d'accès au programme d'étude de quatre ans de l'École nationale de la magistrature. Le programme d'études comprend une période de stage pendant laquelle le candidat doit travailler et être évalué dans chacun des contextes judiciaires habituels : juge d'instance, juge d'instruction, juge d'appel etc. L'apprentissage dans les tribunaux est supervisé et évalué par le corps enseignant de l'école. A la fin du programme d'éducation, un jury détermine si un

candidat au judiciaire est qualifié pour exercer cette profession. Le ministère de la justice tient un registre de candidats ainsi qualifiés. Ces candidats peuvent alors être nommés par le CSM comme décrit dans la section précédente. (Il est rare qu'un candidat soit déclaré non qualifié à la fin de ses études.) Le recrutement par cette voie est gouverné par la section I du chapitre II de la Loi relative au statut de la magistrature.

Cependant, la section II du chapitre II spécifie les conditions de recrutement des juges fondées sur l'expérience professionnelle. Les candidats recrutés par cette voie doivent être âgés d'au moins 35 ans et avoir au moins sept années d'expérience considérée comme pertinente. (Par exemple, ceux qui ont travaillé comme greffier dans un tribunal pendant cette période sont expressément qualifiés.) Dans le cadre des réformes juridiques proposées au vote au début de cette année, le ministre de la justice a proposé d'amender la loi de façon à élargir la classe de ceux qui pourraient se qualifier pour un recrutement par cette voie. La loi n'a pas encore été présentée au Parlement et ne le sera probablement pas dans un avenir proche (voir la discussion dans la section précédente). Les candidats sélectionnés par cette voie doivent suivre une période d'essai et de formation d'une durée indéterminée, sous la supervision de l'École nationale de la magistrature.

De plus, la loi prévoit également que les juges peuvent être recrutés parmi les universitaires et les diplômés de l'École nationale d'administration, pour une durée de cinq ans non renouvelable. Dans ce cas, les candidats décident de prendre un congé de cinq ans de leur autre carrière (ceux qui viennent de l'École nationale d'administration se destinent autrement à une carrière au sein de l'exécutif). Leur statut est également défini comme un « détachement judiciaire » et les candidats sont alors supervisés par un comité de promotion dont le rôle est décrit plus loin. Ceux qui accèdent au corps judiciaire par

cette voie doivent suivre six mois de formation pratique, ici encore sous la supervision de l'École nationale de la magistrature. L'École fournit une formation juridique continue à tous les juges pendant toute leur carrière, quelle que soit la façon dont ils ont été recrutés.

La loi prévoit également une procédure d'évaluation des juges après leur nomination. Tous les juges sont évalués une fois tous les deux ans par le président de la Cour d'appel de leur juridiction. Les résultats de l'évaluation doivent leur être communiqués et ils ont le droit de les contester. Tous les juges ont un dossier déposé au ministère de la justice. Le corps judiciaire tout entier vote à bulletin secret pour créer un collège électoral composé de membres issus de leurs propres rangs, et, ce collège électoral, à son tour, choisit les membres du comité de promotion.

Lorsqu'un juge conteste l'évaluation, le comité de promotion procède à une enquête et rédige un rapport qui est inclut dans le dossier. Les juges ont librement accès à leurs dossiers et il est interdit d'y placer toute référence à une affiliation religieuse, politique ou syndicale. Dans l'exercice de leurs fonctions, le CSM et le comité de promotion doivent avoir accès aux dossiers individuels des juges, aux fins de discipline et de promotion. En se fondant sur l'examen de la performance des juges, le comité prépare des listes de juges qui se qualifient pour une promotion. La promotion des juges dont les noms sont sur la liste est décidée chaque année par le ministre de la justice et le comité de promotion agissant de concert.

De plus, en marge des procédures de discipline, d'évaluation et de promotion examinées ci-dessus, il existe un Service de l'inspection judiciaire, qui fonctionne depuis le ministère de la justice. Les membres de ce service inspectent le fonctionnement des tribunaux à travers toute la France pour veiller à ce que celui-ci soit efficace et conforme aux normes établies.

Conformément à l'article 44 de la Loi relative au statut de la magistrature, les

membres de ce service, les présidents de chaque juridiction et les procureurs généraux ont le pouvoir de réprimander des juges individuels de manière informelle sans que ces réprimandes n'aboutissent à une procédure disciplinaire formelle. Il importe cependant de noter que le directeur du Service de l'inspection judiciaire est membre du comité de promotion, et sa connaissance de la performance d'un juge peut être un facteur lorsqu'une promotion est envisagée.

Pour finir, en liaison avec la promotion, il faut au moins mentionner que, puisque les magistrats debout (procureurs) sont considérés comme appartenant au corps judiciaire, ils peuvent être affectés à des postes de magistrats assis et vice-versa.

4. *Recommandations*

Dans cette section, nous passerons en revue les aspects des réformes débattues qui pourraient servir de modèle pour améliorer l'indépendance judiciaire dans d'autres pays. Les réformes potentielles des garanties institutionnelles de l'indépendance judiciaire liées aux conseils de la magistrature seront examinées séparément de celles qui sont liées à la carrière judiciaire.

a. Les conseils de la magistrature

L'évolution des ajustements portés au rôle, à l'autorité et à la composition du CSM en France révèle une préoccupation liée à deux écueils possibles qui ont des conséquences perverses pour l'indépendance judiciaire. D'une part, les réformes ont tenté de neutraliser les dangers d'une influence excessive de l'exécutif sur la nomination et la discipline des juges. D'autre part, elles ont abordé les conflits d'intérêts potentiels qui peuvent surgir lorsque la nomination et la discipline des membres du corps judiciaire sont supervisées par un CSM dont la composition est dominée par des membres issus exclusivement de ses rangs.

Ces réformes du CSM suggèrent que l'on fasse certaines recommandations aux réformateurs des autres pays. Premièrement, pour réduire la possibilité de toute influence politique inappropriée sur le judiciaire, le pouvoir de nommer les membres des conseils de la magistrature devrait être partagé entre les trois pouvoirs du gouvernement. Deuxièmement, les conseils de la magistrature devraient retenir la part du lion pour pourvoir les postes les plus importants, et le rôle de l'exécutif dans cette procédure devrait être secondaire.

De plus, il convient de faire quelques observations diverses relatives à la réforme du CSM. Il est intéressant de noter que les réformes proposées auraient exigé que le pouvoir de nommer les membres du conseil soit partagé avec le président de la Cour des comptes. Traditionnellement, le pouvoir de nommer des membres d'institutions indépendantes est partagé entre le président du Conseil d'État, le président de la Cour de cassation et le président de la Cour des comptes. Il faut également noter que la loi organique sert à limiter une influence inappropriée de l'exécutif non seulement au niveau de la nomination des juges, mais aussi au niveau des questions de discipline. Cette loi prévoit que, lorsque le CSM agit comme organe disciplinaire, le ministre de la justice et le président de la république doivent se récuser. Ceci supprime la possibilité que les mesures disciplinaires soient influencées par le désir de punir un juge qui manque de loyauté politique. C'est pour cette raison que cette mesure institutionnelle doit également être recommandée, tout particulièrement dans les pays qui suivent la tradition française.

Cependant, comme nous l'avons noté plus haut, les Français ne se soucient pas seulement d'une influence inappropriée de l'exécutif au niveau de la nomination et de la discipline des juges. Ils ont également commencé à se soucier des influences inappropriées qui pourraient résulter de la domination des membres du judiciaire sur le CSM. Si la réforme avait été adoptée, le

problème de la domination du judiciaire sur le CSM aurait été résolu en prévoyant une majorité de non-magistrats. Elle aurait également contribué à réduire les opportunités ouvertes à toute influence politique inappropriée provenant des autres pouvoirs. De plus, comme elle exigeait que les membres extérieurs soient choisis en dehors des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, il est clair que ceci aurait permis une participation importante de la société civile au sein du conseil. Cette dernière caractéristique se recommande d'elle-même comme un modèle possible pour plusieurs raisons. Premièrement, elle aborde les soucis relatifs à la domination du judiciaire et, deuxièmement, elle fournit une voie indirecte par laquelle le judiciaire peut être tenu responsable devant la société en général sans affecter l'indépendance de la prise de décision judiciaire.

b. La carrière judiciaire

La protection constitutionnelle fournie par l'immovibilité, combinée avec le poste à vie et l'exigence du consentement de l'intéressé même en cas de promotion, sont autant de caractéristiques qui se recommandent d'elles-mêmes pour être adoptées dans d'autres pays. Outre ces recommandations, dérivées de cette garantie constitutionnelle importante, les sujets suivants, qui sont abordés par la Loi relative au statut de la magistrature en France, suggèrent d'autres recommandations pour inclusion dans des lois semblables dans d'autres pays de droit civil.

Les règles éthiques. Les objectifs globaux poursuivis lors de l'élaboration d'un code disciplinaire peuvent convenir à tout système, mais les questions spécifiques relatives à leur application seront, au bout du compte, spécifiques à chaque pays. Ces objectifs devraient se trouver dans la Loi relative au statut de la magistrature et, en France, les dispositions relatives à ce sujet s'efforcent en effet de garantir que les juges restent indépendants de toute influence personnelle, financière ou politique

inappropriée. Ce sont là les objectifs globaux qui doivent être réalisés dans tout système.

La loi française aborde un problème unique à ce système, mais qui pourrait tout de même se poser dans quelques autres pays, à savoir le cumul de plusieurs postes de responsabilité professionnelle dans les secteurs public et privé. Pour éviter les conflits qui pourraient surgir à cet égard, les règles sont assez spécifiques et interdisent aux juges de prendre quasiment toute responsabilité professionnelle hors du judiciaire, y compris un emploi dans le secteur privé. Cependant, une exception existe pour des activités éducatives et des travaux de recherche effectués à cette fin. Cette exception est souhaitable en ceci que les juges doivent être encouragés à participer spécialement à la formation de leurs collègues. Par conséquent, cette exception doit également être recommandée dans d'autres systèmes.

La disposition de la loi qui accorde aux autorités disciplinaires une grande discrétion pour déterminer si un juge s'est comporté d'une façon qui pourrait être considérée comme entravant le bon fonctionnement du judiciaire pourrait aisément être critiquée comme trop peu spécifique. Les pays qui veulent atteindre le même but pourraient envisager de réduire l'étendue de telles dispositions en incluant des références à des comportements spécifiques qui auraient l'effet néfaste à éviter. Ces dispositions devraient au moins aborder spécifiquement la question du droit des juges d'adhérer à un syndicat et de leur droit de grève, question qui n'est pas abordée dans la loi française.

Le droit d'adhérer à un syndicat est d'une importance encore plus élevée que le droit de grève puisqu'il est clair que les associations de juges en France et ailleurs ont été l'une des forces prééminentes derrière la réforme judiciaire en général et la réforme de l'indépendance judiciaire en particulier. En fait, le développement des associations de juges, outre le fait que ces

associations sont autorisées par la loi, devrait être encouragé par les pays donateurs, en raison de leur effet clairement positif dans les pays où leur existence a été autorisée.

On admet que le droit de grève est plus problématique et sera, dans une certaine mesure, spécifique à chaque pays en raison des différences quant à son importance voire son existence. Certaines autorités françaises ont suggéré que le droit soit spécifiquement reconnu par une loi qui garantirait également le fonctionnement continu des éléments essentiels du système judiciaire. Cette approche pourrait être recommandée dans les pays où elle est réalisable.

Le recrutement. Certains pays de droit civil qui ont suivi le modèle français ont adopté un système qui ne permet que le recrutement interne des juges. Les juges sont recrutés uniquement sur le fondement de concours et après avoir satisfait à certaines exigences éducatives. Un tel système fonctionne généralement pour empêcher le recrutement de candidats qui se sont distingués dans l'exercice du droit et sert à bâtir un système judiciaire composé essentiellement de bureaucrates de carrière. La France a modifié son système et les juges peuvent maintenant être recrutés par les deux voies, bien que la majorité des juges soit encore recrutée sur le fondement de concours et d'une formation à l'École nationale de la magistrature.

L'un des amendements statutaires proposés dans le cadre des récentes réformes examinées ci-dessus aurait élargi la possibilité de recrutement par la voie alternative. La littérature qui traite de ces méthodes de recrutement suggère le caractère souhaitable d'une telle réforme. Un influx de professionnels qui se sont distingués dans l'exercice du droit est l'une des méthodes pour aborder le problème de bureaucrates titulaires peu efficaces et peu efficaces, qui se pose souvent lorsque le recrutement se fait par la méthode traditionnelle. Cette observation suggérerait

que les pays désireux de renforcer l'indépendance, la compétence et l'efficacité de leurs juges fassent bien de créer deux ou trois voies de recrutement judiciaire qui permettraient un recrutement interne et externe.

L'éducation. Les exigences en matière d'éducation pour les juges dans un système déterminé est une autre question assez spécifique au pays considéré et dépend largement des ressources disponibles. En France, les juges qui sont recrutés par la méthode traditionnelle présentée ci-dessus doivent suivre trois années d'études dans une école spécialisée dans la formation des magistrats. Ce genre d'éducation judiciaire spécialisée a ses avantages, en particulier dans les pays de droit civil où la spécialisation du corps judiciaire est courante. Ceci garantit que les nouveaux membres du corps judiciaire prennent leur poste avec toutes les connaissances théoriques et pratiques nécessaires.

Le problème est qu'un tel programme d'éducation est onéreux et nécessite des ressources importantes, ce que de nombreux pays ne pourront pas se permettre. Il pourrait toutefois convenir d'envisager des versions abrégées du modèle français qui entrent dans les possibilités financières du pays. La partie clinique/pratique de l'école de la magistrature est celle qui se recommande de soi, en particulier puisqu'elle fournit l'occasion de recruter des juges qui ont reçu une formation professionnelle conforme aux normes les plus élevées de l'exercice du droit.

Une certaine forme de formation juridique continue pour les juges devrait au moins être maintenue. Cette formation devrait être dispensée soit par l'école de la magistrature comme en France, soit par un centre judiciaire où les juges pourraient mettre à jour leurs connaissances de la loi afin de réduire les cas où leurs décisions pourraient aisément faire l'objet d'un appel. C'est un fait que cette caractéristique aborde plus la question de la responsabilité judiciaire que

celle de l'indépendance judiciaire, mais une formation éthique dans le cadre de tout programme d'éducation de ce genre pourrait également servir à aborder la question de l'indépendance judiciaire.

La promotion. Il se peut que les caractéristiques les plus importantes du système français en matière de promotion soient l'existence d'un comité de promotion ou d'avancement et la liste officielle des avancements. Ces caractéristiques semblent être un moyen efficace de veiller à ce que les procédures de promotion soient impartiales. Elles pourraient certainement servir de modèle dans d'autres pays. Dans le même domaine, une autre caractéristique du système français qui peut et doit servir de modèle dans d'autres pays est le Service de l'inspection judiciaire. Cette unité a pour rôle principal de veiller à ce que les juges soient tenus pour responsables dans le cadre de leurs fonctions, mais comme le directeur du Service d'inspection judiciaire fait partie du comité de promotion, les informations recueillies par ce service lors de l'accomplissement de sa mission jouent aussi un rôle dans l'examen des promotions. C'est là une autre caractéristique qui pourrait servir de modèle en tant que moyen de garantir à la fois l'impartialité et la responsabilité dans les décisions de promotion.

Une dernière question liée à ces recommandations doit être prise en considération. En France, le Service de l'inspection judiciaire fonctionne depuis le ministère de la justice, même s'il n'est pas placé sous son contrôle direct. Alors que ceci ne pose pas de problèmes dans le contexte français, cet arrangement pourrait créer une opportunité d'ingérence excessive de l'exécutif dans les affaires du judiciaire dans les pays en voie de développement, où les traditions et les institutions ne sont pas si bien ancrées. Une telle ingérence pourrait, à son tour, compromettre l'indépendance judiciaire. Une suggestion qui pourrait remédier à ce problème serait que le Service

de l'inspection judiciaire soit responsable
devant le Conseil de la magistrature.

D. L'indépendance judiciaire en Italie : un tour d'horizon critique dans une perspective comparative (non systématique)³⁷

par Giuseppe Di Federico

I. Introduction

À ceux qui s'intéressent à la réforme judiciaire et qui se préoccupent tout spécialement de l'indépendance judiciaire, le cas de l'Italie pourra être intéressant pour les raisons suivantes :

- Parmi les pays de droit civil dotés d'un système démocratique consolidé, l'Italie est certainement le pays où l'indépendance judiciaire est reconnue au plus haut niveau tant en termes de l'amplitude des dispositions juridiques formellement destinées à la protéger que de la façon dont ces dispositions ont été interprétées.
- Le cas de l'Italie montre que, lorsque l'on poursuit la valeur de l'indépendance judiciaire en tant que fin en soi aux dépens d'autres valeurs importantes (comme, par exemple, la responsabilité et les garanties de compétence professionnelle), une série de conséquences négatives s'ensuit. L'expérience de l'Italie montre en particulier que ce sont ces dispositions destinées à protéger l'indépendance judiciaire elles-mêmes qui, lorsqu'elles sont menées trop loin, peuvent s'avérer aller à

l'encontre de leur but, à savoir qu'elles deviennent préjudiciables à l'indépendance judiciaire.

- L'Italie est le seul pays démocratique où les magistrats du ministère public jouissent des mêmes garanties d'indépendance que les juges.

Je vais dans les pages qui suivent décrire brièvement comment l'indépendance judiciaire est protégée dans le domaine de la gestion du personnel judiciaire (depuis le recrutement jusqu'à la retraite). Il sera tout spécialement fait référence à la structure et à la politique du *Consiglio Superiore della Magistratura* (le Conseil supérieur de la magistrature, ci-après dénommé CSM). En particulier, j'indiquerai brièvement comment sont prises les décisions concernant certaines des questions qui sont d'importance cruciale en ce qui concerne la protection de l'indépendance judiciaire (comme, par exemple, le recrutement, la carrière, les activités extrajudiciaires, la discipline et les salaires). Enfin, j'aborderai brièvement certaines caractéristiques pertinentes du rôle du ministre de la justice.

Le présent article ne traitera que du « système judiciaire ordinaire » qui comprend environ 92 % de tous les magistrats italiens de carrière. En Italie, la justice ordinaire s'occupe de toutes les affaires pénales et de la grande majorité des affaires civiles. En tout cas, les magistrats de carrière des autres systèmes judiciaires (c'est-à-dire des tribunaux administratifs et des cours des comptes) disposent de garanties d'indépendance similaires à celles des magistrats des tribunaux de justice ordinaire.³⁸ Le Conseil constitutionnel, qui

³⁷ Cette présentation est fondée sur une recherche empirique menée par l'auteur au cours des 35 dernières années, principalement grâce à un financement du Conseil national italien de la recherche. Les références bibliographiques ont été réduites le plus possible et se limitent essentiellement aux travaux en anglais. La plus grande partie des résultats utilisés dans cet article sont publiés en italien et se trouvent sur le site Web suivant : www.irsig.bo.cnr.it

³⁸ Il y a toutefois deux aspects du système judiciaire administratif dont il convient de tenir compte pour déterminer son indépendance. Le premier est qu'une minorité de juges du tribunal supérieur (*Consiglio di Stato*) est nommée par l'exécutif ; le second est que les juges de l'une des divisions du *Consiglio di Stato* n'exercent

se compose de 15 membres, opère dans le cadre d'une structure entièrement autonome et auto-réglémentée séparée des tribunaux ordinaires et administratifs.³⁹

Deux mises en garde à l'attention du lecteur :

- a) Le terme « magistrat » a un sens différent dans divers pays. En Italie comme en France, il sert à inclure tant les juges que les magistrats du ministère public. Dans ces deux pays, ils sont recrutés conjointement et peuvent passer d'un poste à l'autre même de façon répétée au cours de leur carrière.⁴⁰
- b) Lorsque, dans le présent article, je soutiens que, sur la base des résultats de nos recherches, un

pas, temporairement, leurs fonctions judiciaires et ont au lieu de cela la tâche officielle de conseil auprès de l'exécutif en matière de questions juridiques.

³⁹ Leur mandat est de neuf ans ; cinq membres sont nommés par le président de la république, cinq élus par les magistrats des cours supérieures et cinq élus par le Parlement à la majorité qualifiée. Des doutes quant à l'entière indépendance des juges du Conseil constitutionnel ont récemment fait jour à deux égards : (a) en ce qui concerne leur système de nomination et en particulier pour ce qui a trait aux pouvoirs du président de la république (dont le mandat est de sept ans) de nommer de façon entièrement autonome un tiers des juges ; et (b) parce que, immédiatement après leur départ du Conseil constitutionnel, les juges entreprennent souvent une carrière politique dans les rangs de l'un des partis politiques ou sont nommés ministres ou chefs d'importants organes publics. Des propositions de réforme ont été faites récemment ; elles interdiraient pendant un certain nombre d'années suivant la fin de leur service en tant que juge, leur élection aux assemblées législatives ou leur nomination au sein d'organes publics.

⁴⁰ Au Royaume-Uni et aux États-Unis, le terme « magistrat » n'est employé que pour désigner des juges ayant des fonctions spécifiques. En Espagne, il est employé pour indiquer un niveau spécifique de carrière des juges.

aspect du fonctionnement du système judiciaire est dérivé d'un autre ou est induit par un autre, je ne veux pas dire qu'il existe une simple relation de cause à effet entre les deux. Ce que je veux dire c'est que les résultats de nos recherches montrent que l'un de ces deux aspects (ou les changements introduits dans cet aspect) est certainement un facteur important qui influence la présence ou les caractéristiques de l'autre. Pour la plupart des relations décrites ci-après, je pourrais suggérer plusieurs autres sources d'influence – interne ou externe au système judiciaire.

2. *Le conseil supérieur de la magistrature*

Afin de protéger l'indépendance judiciaire, la constitution italienne promulguée en 1948 prévoit que toutes les décisions concernant les magistrats du siège et du parquet depuis le recrutement jusqu'à la retraite (par exemple, les promotions, les transferts, la discipline et l'invalidité) relèveront de la compétence exclusive d'un conseil composé de manière majoritaire par des magistrats (c'est-à-dire les magistrats du siège et du parquet) élus par leurs pairs. Elle prévoit plus spécifiquement que deux tiers des membres doivent être des magistrats et qu'un tiers des membres doit être élu par le Parlement parmi des professeurs de droit et des avocats ayant 15 ans d'expérience professionnelle. Elle prévoit de plus que le CSM devra être présidé par le président de la république – en pratique seulement une présidence symbolique – et compter parmi ses membres le président de la Cour suprême de cassation et le procureur général de la Cour de cassation. Les membres élus du pouvoir judiciaire sont renouvelés en leur totalité tous les quatre ans. Le CSM compte à présent 33 membres.

Le premier CSM n'a été créé qu'en 1959 (soit 11 ans après l'adoption de la constitution). Depuis lors, son rôle s'est

progressivement étendu bien au-delà de la gestion du personnel judiciaire. Son influence sur le fonctionnement interne des tribunaux et du parquet est, à certains égards, remarquable. Le CSM a également acquis une influence considérable sur les décisions des pouvoirs exécutif et législatif concernant toutes les questions affectant les magistrats et le système judiciaire. L'expansion du rôle du CSM au-delà des limites formelles prévues dans la constitution a parfois généré des conflits avec les autres pouvoirs, notamment avec le président de la république.

Pour des raisons qui deviendront claires, lorsque l'on considère les modifications apportées au système de carrière, il est important de souligner un aspect spécifique de l'évolution du CSM qui a trait à sa composition. Entre 1959 et 1968, les rangs les plus élevés de la magistrature étaient grandement surreprésentés et ils n'étaient élus que par leurs pairs. Depuis 1968, aucun magistrat de haut rang ne peut être élu auprès du CSM sans le soutien électoral des magistrats des rangs inférieurs. Il est intéressant de noter qu'aucun autre conseil supérieur de la magistrature d'Europe continentale (à savoir en France, au Portugal et en Espagne) ne dispose d'une telle prévalence des membres élus par les magistrats et qu'aucune loi électorale ne rend ces membres si disposés à répondre aux attentes corporatives des rangs inférieurs du corps judiciaire (voir Tableau 1).

3. *Recrutement*

Comme c'est le cas également dans d'autres pays d'Europe continentale, en Italie, le recrutement des magistrats de carrière s'effectue généralement une fois par an en vertu d'un concours national ouvert aux diplômés en droit de « bonnes mœurs ». Le modèle de recrutement est essentiellement le même que celui adopté pour l'entrée dans

les rangs supérieurs des bureaucraties ministérielles nationales.⁴¹

Le CSM décide de l'admission des candidats au concours et nomme la commission d'examen qui est présidée par un membre de haut rang du pouvoir judiciaire et se compose, pour la plupart, de magistrats et de quelques professeurs d'université en droit. Il n'est pas requis d'avoir une expérience professionnelle antérieure et cela ne fait en rien partie du processus de sélection. Les candidats au concours d'entrée sont sélectionnés sur la base de leurs connaissances institutionnelles générales des diverses branches du droit telles qu'attestées par un examen écrit et oral. Les résultats de nos recherches montrent que les concours sont loin de « mesurer » avec exactitude les connaissances réelles des candidats. Dans les pays de droit civil d'Europe de l'Ouest, le recrutement des juges par le biais de concours publics est considéré comme le meilleur moyen de garantir une sélection non partisane et, ce faisant, est également propice à une meilleure protection de l'indépendance judiciaire. Dans certains de ces pays, comme en Italie, c'est le seul système de recrutement des juges de carrière ; dans d'autres, comme en France et en Espagne, il est largement prévalent (en France, par exemple, environ 20 % des magistrats de carrière sont recrutés au sein des professions juridiques ou para-juridiques).

La grande majorité des candidats qui réussissent passent le concours entre l'âge de 23 ans et de 27 ans. Ces dernières décennies, le nombre de candidats au concours d'entrée à la magistrature a énormément augmenté. Il y a périodiquement plus de 10.000 candidats et plus de 5.000 d'entre eux se présentent effectivement aux épreuves écrites. (Le

⁴¹ G. Di Federico, « The Italian Judicial Profession and its Bureaucratic Setting » [La profession judiciaire italienne et ses paramètres bureaucratiques], *The Judicial Review, The Law Journal of Scottish Universities*, 1976, pp. 40-55

nombre de postes disponibles est en moyenne d'environ 200 à chaque concours.) Les résultats de nos recherches montrent que l'augmentation du nombre de candidats est due principalement à deux causes : au fait que les salaires et le développement de la carrière judiciaire sont devenus beaucoup plus avantageux que ceux des autres secteurs du service public ; et en raison de la visibilité constante donnée par les médias au rôle joué par bon nombre de membres du pouvoir judiciaire depuis ces 35 dernières années environ (principalement des magistrats exerçant des fonctions d'enquête) dans la « lutte » contre le terrorisme, le crime organisé et la corruption. Selon nos résultats, on a assisté ces 20 dernières années à une augmentation constante du nombre de magistrats nouvellement recrutés qui souhaitent être affectés à des fonctions d'enquête.

Ce mode de sélection – en Italie tout comme dans les autres pays d'Europe continentale – repose sur l'hypothèse que les magistrats ainsi recrutés développeront leurs compétences professionnelles et adopteront la culture sociale de la structure judiciaire dans laquelle il est prévu qu'ils restent – et en vérité restent généralement – pour le reste de leur vie professionnelle, en gravissant les échelons de leur carrière, chaque échelon étant fondé sur des estimations qui, de diverses façons, tiennent compte de l'ancienneté et du mérite.

4. Formation initiale et formation permanente

Le système de recrutement décrit brièvement ci-dessus a certaines implications en matière de formation initiale et de formation permanente qui sont assez différentes et plus complexes que celles des systèmes où le recrutement se fait parmi des avocats expérimentés et a pour but de pourvoir un poste au sein d'un tribunal spécifique. Au lieu de cela en Italie, tout comme dans les autres pays d'Europe continentale, les jeunes diplômés en droit sans expérience professionnelle préalable

sont recrutés pour satisfaire indistinctement les besoins fonctionnels de tout le système des tribunaux. En outre, en Italie ainsi qu'en France, il leur est également demandé de répondre aux besoins fonctionnels du ministère public. Autrement dit, on attend des magistrats nouvellement nommés qu'ils puissent remplir les yeux fermés les différents types de postes à pourvoir au niveau le plus bas de juridiction au travers de tout le pays ; ces postes sont en fait très différents l'un de l'autre. En d'autres termes, on attend de ces magistrats qu'ils effectuent, en fonction de leur affectation, une vaste gamme de fonctions judiciaires qui requièrent des qualifications et une formation professionnelle singulièrement différentes.

Ils pourront ensuite demander à être transférés d'un tribunal ou d'un parquet à un autre et, lorsqu'ils seront promus, à être affectés à pourvoir un poste encore différent, à un niveau plus élevé de juridiction. La tâche qui consiste à fournir des institutions adéquates pour assurer non seulement une formation initiale efficace et une formation permanente satisfaisante mais également des programmes spécifiques pour ceux qui sont transférés dans une fonction judiciaire différente devient, dans un tel système, de grande complexité. Dans plusieurs pays européens (comme la France et l'Espagne) des écoles spécialisées dotées d'un personnel permanent ont été créées ces dernières décennies mais ce n'est pas encore le cas en Italie. La nature et le contenu des programmes de formation initiale et de formation permanente sont décidés de temps à autre par le CSM.

5. Carrière

Examinons à présent l'évolution du système de carrière. En Italie, tout comme dans les autres pays à tradition de droit civil qui ont un système similaire de recrutement (France, Espagne, Allemagne, Portugal, etc.), des évaluations périodiques des performances professionnelles des magistrats sont prévues. Elles servent différentes fonctions de base :

tout d'abord, à vérifier que les jeunes magistrats ont effectivement acquis les compétences professionnelles nécessaires, puis à choisir parmi eux ceux qui sont le plus qualifiés pour pourvoir les postes au niveau plus élevé de juridiction. La troisième fonction, et non la moindre, est d'assurer que les magistrats maintiennent leurs qualifications professionnelles tout au long de leurs nombreuses années de service (généralement de 40 à 45 ans) et jusqu'à leur retraite (l'âge de la retraite obligatoire est actuellement de 72 ans).

Traditionnellement, et jusque vers le milieu des années 60, on trouvait sept évaluations des performances professionnelles au long de l'ascension des échelons de carrière mais seuls deux d'entre eux étaient très compétitifs et sélectifs (à savoir celui pour devenir magistrat au niveau de l'appel et celui pour devenir magistrat au niveau de la cassation). Les performances professionnelles étaient évaluées par une commission d'examen composée de magistrats de plus haut rang sur la base du travail écrit des candidats (avis, plaidoiries, etc.).

Les trois étapes successives de carrière (qui représentent seulement 1,18 % de tous les postes disponibles dans l'ensemble de la structure judiciaire) étaient, en règle générale, obtenues, à moins d'invalidité ou de retraite pour âge maximum, sur le fondement de l'ancienneté au rang de magistrat de cassation. La première des trois étapes de carrière suivantes (« magistrat de cassation avec fonctions supérieures de direction ») amenaient à une promotion vers un nombre limité de postes tels que ceux de président de la cour d'appel, du procureur général de la cour d'appel, du président d'une division de la Cour de cassation ou de l'avocat général de cassation. Les deux autres étapes concernaient la promotion aux postes les plus élevés de procureur général

de la Cour de cassation et premier président de la Cour de cassation.⁴²

Les résultats de nos recherches montrent qu'avant le milieu des années 60, environ 55 % des magistrats achevaient leur carrière à l'âge de 70 ans en tant que magistrat d'appel et que bon nombre d'entre eux n'atteignait ce niveau de carrière qu'au cours des toutes dernières années avant la retraite. Vers la fin des années 50 et le début des années 60, ce système de carrière a été très critiqué par une vaste majorité de magistrats (et surtout par ceux qui devaient encore passer par les étapes compétitives très sélectives de leur carrière) au motif que les évaluations professionnelles fondées sur les avis écrits des candidats et placées entre les mains d'un nombre limité de magistrats de haut rang entravaient l'indépendance judiciaire (interne) et poussaient les magistrats de moindre rang à un conformisme diffus par rapport aux interprétations judiciaires d'une élite judiciaire « conservatrice » qui était entrée dans la magistrature durant le régime fasciste.

Les lois réglementant les promotions ont été radicalement modifiées par le Parlement entre 1963 et 1973 sous la pression du CSM en réponse à la puissante Association des magistrats et avec le soutien des partis de gauche (et surtout des nombreux

⁴² Dans les organisations judiciaires bureaucratiques, les rôles sont donnés selon une hiérarchie de rang auxquels sont attachés des degrés différentiels de gratification matérielle et psychologique. Il y a un rapport très spécifique entre la hiérarchie de rang et la hiérarchie juridictionnelle des tribunaux dans la mesure où les juges promus à un rang plus élevé doivent être affectés à des tribunaux qui sont plus hauts sur l'échelle juridictionnelle ou être affectés à des tribunaux de juridiction inférieure et ne fonctionner que dans un rôle de supervision (comme par exemple de président d'un tribunal inférieur). Ce système a encore cours dans des pays d'Europe continentale (comme la France, l'Espagne, le Portugal et l'Allemagne) mais il a été grandement modifié en Italie.

parlementaires du parti communiste). Les nouvelles lois exigèrent que cette évaluation des performances professionnelles soit maintenue à tous les échelons de la carrière existante mais laissée à la discrétion du CSM en ce qui concerne la définition de la manière de trancher cette question. À cette époque, le système d'élection des magistrats au sein du CSM avait déjà été changé comme décrit ci-dessus, rendant les deux tiers du conseil extrêmement réceptifs aux attentes de leurs pairs en matière de carrière. Ceci a eu pour résultat que ces nouvelles lois réglant la carrière des magistrats ont été interprétées par le CSM avec une autosatisfaction extrême qui équivalait à un refus de fait d'imposer une quelconque forme d'évaluation professionnelle. Si bien que les promotions « pour mérite judiciaire » aux rangs les plus élevés sont décernées même aux magistrats qui prennent des congés sans solde prolongés pour se consacrer à d'autres activités dans les branches de l'exécutif ou du législatif du gouvernement.

À présent et depuis ces 30 dernières années, l'évaluation des candidats disposant du minimum obligatoire d'ancienneté pour tenter d'obtenir une promotion aux différents niveaux de la hiérarchie judiciaire n'est plus fondée ni sur des examens écrits ou oraux ni sur l'évaluation de leur travail judiciaire écrit mais sur une évaluation « globale » de leurs performances judiciaires, décidée par le CSM. Tous les candidats qui ont l'ancienneté requise et à moins qu'il n'y ait des infractions disciplinaires ou pénales graves sont promus. Ceux qui sont promus en sus des postes alors à pourvoir obtiennent néanmoins tous les avantages économiques et symboliques de leur nouveau rang mais continuent *pro tempore* à exercer les fonctions judiciaires inférieures de leur rang précédent.⁴³ En fait, la plupart d'entre eux

⁴³ C'est ainsi que l'une des caractéristiques traditionnelles de base des bureaucraties judiciaires d'Europe de l'Ouest continentale

n'obtiendront jamais le poste judiciaire plus élevé formellement rattaché à ce nouvel échelon de carrière. Autrement dit, le jeune diplômé en droit, par le simple fait de réussir au concours d'entrée, où ses connaissances générales des diverses branches du droit sont testées, peut être pratiquement assuré que grâce au seul passage du temps, cela le conduira en 28 ans et sans autre vérification de ses qualifications professionnelles à atteindre l'échelon le plus élevé de sa carrière judiciaire, qui jusque vers le milieu des années 60, n'était réservé qu'à un peu plus de 1% des magistrats. Tandis que seuls quelque 100 magistrats ont atteint le niveau le plus élevé de la carrière judiciaire jusqu'au milieu des années 60 (et ils occupaient tous les postes judiciaires élevés formellement rattachés à leur rang de carrière), à présent ils sont constamment plus de 2.500. (Bien entendu, la plupart d'entre eux exercent encore leurs fonctions judiciaires au niveau inférieur de l'échelle juridictionnelle.⁴⁴)

En règle générale, lorsque des changements importants sont introduits dans l'un des éléments fonctionnels de base d'une organisation, d'autres changements – souvent non envisagés – suivent automatiquement dans la foulée. Les organisations judiciaires ne font pas

brèvement décrites ci-dessus a été radicalement modifiée en Italie.

⁴⁴ Au début des années 60, la loi prévoyait 6.882 magistrats de carrière ordinaires et le nombre de postes de magistrats du siège ou du parquet réservé à ceux qui atteignaient l'échelon le plus élevé de la carrière était de 102. La dernière augmentation du nombre de magistrats fait qu'ils sont 9.109 (il y a en outre environ 10.000 magistrats honoraires) et le nombre de postes réservés à ceux qui ont atteint l'échelon le plus élevé de la carrière est de 112. Ceci signifie que plus de 2.000 de ceux qui ont déjà été promus aux plus hauts rangs de la carrière occupent encore des postes de magistrats du siège ou du parquet de niveau inférieur. Cela signifie également que la plupart d'entre eux ne seront jamais affectés à un rôle de juge ou de procureur correspondant à leur rang de carrière élevé.

exception. Les changements introduits dans le système de carrière ont été la cause de bon nombre de modifications pertinentes du système de gestion du personnel des magistrats (magistrats du siège et du parquet). Nous ne mentionnerons ici que ceux qui affectent le plus directement l'indépendance judiciaire (c'est-à-dire, l'abaissement radical des garanties concernant les qualifications professionnelles des magistrats, l'augmentation du pouvoir discrétionnaire du CSM en matière de décisions qui affectent profondément les attentes des magistrats du siège et du parquet et la brusque augmentation des activités extrajudiciaires).

6. *Évaluation des qualifications professionnelles et indépendance*

Dans les pays de droit civil qui recrutent des jeunes diplômés en droit sans expérience professionnelle préalable – et qui ont par conséquent un système de carrière judiciaire – les qualifications professionnelles sont garanties par une importante évaluation périodique des performances professionnelles au cours des 40 à 45 ans de service. Un tel système existe encore sous diverses formes dans des pays de droit civil d'Europe de l'Ouest tels que la France, l'Allemagne et l'Espagne. En Italie, toutefois, ces évaluations, bien qu'elles soient encore exigées par la loi, ont été de fait éliminées par le CSM dont la composition et le système électoral sont tels qu'ils favorisent les attentes corporatives des magistrats en matière de carrière (voir ci-dessus). Après le recrutement, le développement, l'affinement et la mise à jour des compétences professionnelles sont pratiquement laissés à l'initiative et au bon vouloir du jeune diplômé pour toute la durée de sa carrière. Les modifications de la carrière judiciaire introduites dans les années 60 et au début des années 70 au nom d'une meilleure protection de l'indépendance judiciaire ont, par

conséquent, eu pour résultat l'abaissement radical des garanties traditionnelles des citoyens quant aux qualifications professionnelles de leurs magistrats du siège et du parquet. Il a souvent et à juste titre été dit que des normes élevées de qualifications professionnelles ne sont pas seulement une condition préalable à l'exercice compétent de la fonction judiciaire mais aussi le meilleur antidote personnel contre l'influence extérieure inopportune sur le comportement professionnel. Dans ce sens, on peut correctement dire que l'abaissement radical des garanties traditionnelles des qualifications causé par l'élimination d'une quelconque forme substantielle d'évaluation des performances professionnelles durant les 40 à 45 ans de service a de par elle-même entraîné également l'abaissement important de l'une des principales garanties institutionnelles d'indépendance.

Les évaluations périodiques et détaillées des performances professionnelles au cours d'une carrière judiciaire de toute une vie étaient, à de nombreux titres, très pertinentes en ce qui concerne toutes les décisions relatives aux transferts d'un tribunal à l'autre ainsi qu'à l'affectation dans les différents tribunaux et parquets. L'abolition de fait des évaluations détaillées des performances professionnelles qui étaient auparavant faites de manière périodique par écrit au cours de toute la carrière, a énormément augmenté le pouvoir discrétionnaire du CSM en ce qui concerne les décisions sur ces questions – questions qui ont en règle générale une charge émotionnelle pour les magistrats qui, de temps à autre, entrent en concurrence pour être affectés à un endroit plus désirable ou dans un bureau plus important. Les résultats de nos recherches montrent clairement qu'au cours des 30 dernières années, les magistrats italiens ont progressivement réalisé que leurs aspirations en la matière devaient nécessairement être cultivées par le biais de rapports personnels avec les décisionnaires et que, point non moins important, leur comportement ne devait pas contredire les attentes des décisionnaires. Les quelques

magistrats qui, de par leur comportement ou leur discours, ont délibérément ignoré ces attentes ont vu leurs demandes en la matière manifestement ignorées par le CSM.

Les collègues élus au CSM sur les listes électorales des quatre factions de l'Association nationale des magistrats italiens (ANMI) jouent un rôle spécial dans la gestion des relations entre le CSM et les magistrats. C'est pour cette même raison que presque tous les magistrats deviennent membres à la fois de l'ANMI et de l'une de ses factions. Être membre en règle de l'une des factions de l'ANMI pourra également être crucial pour obtenir le soutien nécessaire dans un autre domaine où le pouvoir discrétionnaire de décision du CSM est, en raison également de l'absence d'un code de conduite détaillé, très élevé (à savoir dans les procédures disciplinaires).

7. *Indépendance et activités extrajudiciaires*

Les activités extrajudiciaires sont assez nombreuses en Italie – certainement plus nombreuses et menaçantes pour l'indépendance judiciaire et le bon fonctionnement de la division des pouvoirs que dans d'autres pays ayant un système démocratique établi depuis longtemps. Les activités extrajudiciaires effectuées à temps partiel ou à plein temps par les magistrats italiens ces 30 dernières années se chiffrent à des dizaines de milliers. Juste pour donner une idée de l'étendue du phénomène, étudions tout d'abord le type d'activités que les magistrats ordinaires peuvent être amenés à exercer à plein temps (tandis que le CSM les met en congé). Je commencerai par les activités hors tribunal qui conduisent les magistrats à opérer plus directement et de manière plus visible dans la politique partisane. Ce phénomène était resté assez limité jusqu'aux années 70 : à chaque élection nationale, juste quelques magistrats (2 ou 3) étaient élus au Parlement. Depuis lors, le phénomène s'est constamment accru. Lors des élections générales de 1976, 12 magistrats ont été élus au Parlement, la

plupart d'entre eux comme candidats de l'un des deux principaux partis, à savoir le parti communiste et le parti démocrate chrétien. Lors des dernières élections nationales de 1996, 50 membres de la magistrature ordinaire ont participé à la course électorale en tant que représentants de divers partis et 27 d'entre eux ont été élus (10 sénateurs et 17 députés). Deux autres ont récemment été élus au Parlement européen. Ces 10 dernières années, deux magistrats ont été élus président de région (un autre a été récemment battu pour cette même fonction) ; nous avons eu en outre dans la même période plusieurs magistrats/ministres, magistrats/sous-secrétaires d'état, maires de petites et grandes villes, magistrats élus au sein d'assemblées régionales et municipales et des magistrats responsables de diverses branches des gouvernements locaux. Au début des années 90, un membre de la magistrature a également été élu secrétaire national d'un parti politique (le *Partito Social Democratico*). D'autres postes que les magistrats sont amenés périodiquement à remplir à plein temps sont ceux nécessaires pour pourvoir à tous les postes de direction au sein du Ministère de la Justice (actuellement 136) et pour servir dans d'autres ministères en tant que chefs de cabinet, chefs des unités de secrétariat des ministres et des sous-secrétaires, membres du législatif, des différents ministères, consultants auprès des commissions parlementaires, consultants auprès des organisations européennes ou autres organisations internationales et ainsi de suite (248 en tout en mars 2000). Puis, il y a les activités extrajudiciaires à temps partiel, parmi lesquelles celles des consultants auprès des gouvernements locaux et nationaux ainsi que des commissions d'étude et des charges d'enseignement (918 de ces activités extrajudiciaires ont été autorisées par le Conseil supérieur de la magistrature ces 13 derniers mois). Très récemment un autre genre d'activité extrajudiciaire et, celui-là, très lucratif à savoir l'arbitrage, n'a été annulé que pour

les magistrats ordinaires (mais pas pour ceux des tribunaux administratifs).

L'observateur étranger sera certainement frappé non seulement par le nombre et le genre des activités extrajudiciaires permises en Italie mais également par la confusion qui s'ensuit entre la magistrature et la classe politique – confusion qui est loin d'être entièrement révélée si l'on considère simplement le nombre relativement élevé de magistrats qui sont actifs dans la politique des partis (dans les assemblées ou les organismes de direction au niveau international, national et local) pour au moins deux raisons. La première est que le nombre de magistrats qui entretiennent des rapports avec les divers partis politiques pour obtenir les postes très recherchés est beaucoup plus élevé que le nombre de ceux qui y réussissent. Deuxièmement, parce que bon nombre d'activités extrajudiciaires de moindre importance s'obtiennent par le biais du parrainage plus ou moins direct des divers partis politiques. Elles deviennent périodiquement – ou en tout cas sont recherchées et perçues par les magistrats comme telles – des étapes intermédiaires pour l'obtention de crédit politique et du soutien d'un parti nécessaire pour prétendre aux postes extrajudiciaires les plus gratifiants. Il n'est pas moins surprenant pour cet observateur étranger d'apprendre qu'à la fin de leur mandat en tant que représentant d'un parti (au sein du parlement, du législatif, etc.), les magistrats reviennent à leurs activités judiciaires. Il est même pour eux parfaitement légitime de juger un dirigeant politique d'un parti radicalement opposé à celui que les juges eux-mêmes ont représenté pendant de nombreuses années dans un passé très récent.⁴⁵

⁴⁵ Le cas le plus évident est survenu en novembre 2000 lorsque Pierluigi Onorato, juge de la Cour de cassation, qui avait servi pendant de nombreuses années en tant que député pour le parti communiste, a rendu un avis qui condamnait Marcello Dell'Utri, politicien très connu pour ses positions anticommunistes. Il est

La possibilité qu'ont les juges italiens de jouer un rôle important en tant que représentants de partis politiques – puis de revenir ensuite à leur poste judiciaire – ou d'obtenir une vaste gamme d'activités extrajudiciaires qui leur sont conférées par le biais de la bienveillance de sources extérieures est certainement un phénomène très limité dans les pays de tradition anglo-saxonne. En dehors d'autres considérations importantes (comme, par exemple, l'adoption de codes de conduite judiciaire détaillés qui réglementent la question et leur application concrète aux États-Unis), la structure elle-même du judiciaire de ces pays empêche aux activités extrajudiciaires d'atteindre une dimension quelle qu'en soit la taille. Dans ces pays, les juges sont, en règle générale, recrutés parmi des avocats expérimentés pour pourvoir un poste spécifique au sein d'un tribunal spécifique. Le fait qu'ils se consacrent à d'autres activités – et tout particulièrement à des activités à plein temps – poserait immédiatement et de manière très visible la question du fonctionnement efficace des tribunaux.⁴⁶

Le rapport entre les tribunaux et les juges est assez différent dans la plupart des pays de droit civil. Comme nous l'avons déjà dit, en Italie et dans d'autres pays de l'Europe de

certainement intéressant de noter que l'avis écrit par l'ancien MP communiste déclarait que, en dehors d'autres sanctions, le député anticommuniste Dell'Utri devait être démis de ses fonctions en tant que membre des Parlements européen et italien.

⁴⁶ Permettez-moi à ce sujet de rappeler comme exemple que lorsque le Président américain Truman nomma le Juge Robert Jackson au poste de procureur des États-Unis aux procès de crimes de guerre de Nuremberg, le juge de la Cour suprême Harlan Stone se plaignit durement et de façon répétée non seulement parce que cette nomination mettait en danger la crédibilité de la Cour suprême mais également en raison des multiples conséquences néfastes au fonctionnement correct et efficace de la Cour suprême découlant de la longue absence de l'un de leurs membres.

l'Ouest continentale, les magistrats sont principalement ou exclusivement recrutés parmi les jeunes diplômés en droit inexpérimentés, tout comme tout autre corps de fonctionnaires. En outre et fait non moins important, ils sont recrutés pour satisfaire indistinctement les besoins fonctionnels du réseau tout entier des tribunaux du pays (en Italie comme en France ils doivent en outre satisfaire les besoins fonctionnels du parquet) et ils sont à chaque niveau de leur carrière fonctionnellement interchangeables. Il semble tout à fait normal que – tout comme les autres fonctionnaires – ils soient disponibles pour tout besoin fonctionnel d'autres organismes publics. Si bien que, lorsque les magistrats obtiennent un poste à plein temps autre qu'un poste judiciaire, ils ne sont pas formellement retirés d'un poste spécifique au sein d'un tribunal spécifique – comme ce serait le cas dans les pays de *common law* – mais ils sont pris indistinctement du corps tout entier de la magistrature et en cas de besoin peuvent être remplacés en transférant à ce poste judiciaire soit l'un des jeunes magistrats nouvellement recrutés, soit, dans le cas d'un tribunal supérieur, en transférant un magistrat déjà en service. Dans ce dernier cas, toutefois, la procédure et les conditions dans lesquelles le CSM peut transférer un magistrat sont strictement réglementées par la loi afin de respecter une autre disposition constitutionnelle destinée à protéger l'indépendance judiciaire, à savoir le principe de « l'inamovibilité ».

Le phénomène des activités extrajudiciaires est très commun dans les pays où les magistrats du siège et du parquet sont recrutés (conjointement ou séparément) comme tout autre fonctionnaire au service des diverses bureaucraties nationales. En fait, le phénomène des magistrats/parlementaires est également présent, bien que de façon beaucoup plus limitée, en France et en Espagne, où les magistrats peuvent également être affectés à un service à plein temps ou à temps partiel dans d'autres organismes publics. La question se pose alors de savoir pourquoi le

phénomène des activités extrajudiciaires et en particulier de celles de nature plus directement politique, a pris de plus grandes dimensions en Italie que dans les autres pays d'Europe continentale, à partir du début des années 70 ?

Les principales causes de ce phénomène ont, une fois encore, principalement pour origine les deux changements étroitement liés qui sont survenus dans la composition du Conseil supérieur de la magistrature et dans le système de carrière – changements qui ont grandement différencié depuis le début des années 70 le système de carrière des magistrats italiens de ceux ayant encore cours, sous différentes formes, dans des pays comme la France, l'Espagne, l'Allemagne ou le Portugal. Comme je l'ai fait remarquer plus haut, depuis les années 70 la promotion aux différents niveaux de la hiérarchie judiciaire n'est plus fondée ni sur des examens écrits ou oraux ni sur l'évaluation du travail judiciaire écrit et les promotions « pour mérite judiciaire » jusqu'aux plus hauts rangs sont décernées par le CSM même aux magistrats qui prennent des congés prolongés pour exercer d'autres activités dans les branches de l'exécutif ou du législatif du gouvernement. Ceci a ouvert la possibilité d'obtenir des nominations extrajudiciaires profitables – que ce soit à temps partiel ou à plein temps – sans porter en rien préjudice au développement d'une carrière judiciaire au plein sens du terme et continue d'inspirer un nombre croissant de magistrats.⁴⁷

⁴⁷ Certaines des promotions dont a décidé le CSM au tout début des années 70 ont éliminé tout doute et tout blocage résiduel que les magistrats pouvaient avoir sur ce sujet et leur ont montré de façon vivante les avantages de la recherche et de l'obtention de nominations extrajudiciaires prestigieuses et lucratives. Oscar Luigi Scalfaro – qui deviendra plus tard président de la république – et Brunetto Bucciarelli Ducci étaient parmi le très petit nombre de magistrats qui, jusqu'alors, avaient été élus au Parlement. Ils avaient été élus respectivement en 1946 et 1948 lorsqu'ils étaient de jeunes magistrats au plus bas de la carrière

8. *Salaires et indépendance*

Par le biais d'une combinaison complexe d'initiatives judiciaires, les décisions judiciaires et les puissantes pressions exercées sur le Parlement, les magistrats du parquet et du siège ont obtenu (en 1984) des salaires, des retraites et des primes de retraite qui sont de loin les plus élevées de toute la fonction publique. Il a été en outre approuvé que les augmentations des salaires, des retraites et des grosses primes de retraite seraient calculées à partir d'un mécanisme automatique qui accroîtrait d'année en année – à leur avantage – la différence entre leur statut économique et celui des autres secteurs de la fonction publique. Ces mesures ont encore une fois été demandées, justifiées et obtenues comme un moyen de garantir plus encore l'indépendance des magistrats du siège et du parquet contre d'éventuelles pressions, même indirectes, des branches du législatif et/ou de l'exécutif du gouvernement. Le niveau très satisfaisant des salaires, des avantages liés à la retraite, des retraites et des mécanismes

judiciaire. Ils avaient toujours été réélus en tant que députés. Jusqu'au début des années 70, ils n'avaient pas progressé dans leur carrière judiciaire. En 1973, le CSM les a promus rétroactivement « pour mérite judiciaire » échelon par échelon jusqu'au sommet de la carrière judiciaire sans qu'ils aient un seul jour rempli des fonctions judiciaires en plus de 25 ans. Les avantages pour les deux magistrats et pour ceux qui ont ensuite suivi leurs brisées furent non seulement l'obtention d'une position socialement prééminente mais également d'autres avantages de nature moins immatérielle : jusqu'à 1993, les membres du pouvoir judiciaire élus au Parlement recevaient un double salaire et une double retraite, c'est-à-dire ceux d'un député et ceux d'un magistrat. À présent, ils reçoivent encore, en leur temps, la retraite supplémentaire, la prime de départ supplémentaire et les nombreux autres avantages sociaux accordés aux anciens députés. Je pourrais bien entendu continuer en illustrant également les avantages en nature et matériels de beaucoup d'autres activités extrajudiciaires de nos magistrats mais cela serait trop long et très certainement hors du sujet du présent article.

automatiques d'augmentation future des payes ont également été préconisées dans le but de donner aux magistrats un sens de sécurité, présent et à venir, qui est considéré comme une condition préalable nécessaire à l'exercice indépendant et détaché des fonctions de juge et de procureur.

9. *Indépendance et efficacité*

Parmi les pays de l'Union Européenne, l'Italie a toujours reçu, année après année, de loin le plus grand nombre de sanctions pécuniaires pour violation de l'Article 6, Paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui requiert que les procédures judiciaires soient achevées dans un délai raisonnable. Les procédures civiles qui durent plus de 10 ans tendent à être la règle plutôt que l'exception. Le nombre de procédures pénales s'étendant sur 10 ans et plus est lui aussi important et croissant. (Pour la seule année 1998, le nombre de procédures pénales qui ont pris fin aux termes de la loi de prescription s'est monté à plus de 130 000.) Il semble raisonnable de supposer que divers aspects du système judiciaire italien contribuent à cette distinction peu enviable. En particulier, deux d'entre eux ont pour but de protéger l'indépendance interne : (a) l'élimination de toute forme substantielle d'évaluation professionnelle au cours de la carrière ; et (b) la politique continue du CSM visant à minimiser les pouvoirs et les moyens de supervision et de coordination des chefs des tribunaux et des parquets en ce qui concerne le travail des magistrats.

Quelle que soit la mesure dans laquelle ces deux aspects du système judiciaire italien sont pertinents pour ce qui est des très piètres performances et du fonctionnement inefficace des tribunaux et des parquets italiens, d'autres aspects sont tout aussi pertinents. L'absence de compétence en matière de gestion vient en premier : Les chefs des tribunaux et des parquets ainsi que les magistrats détenant des postes de direction au sein du Ministère de la Justice, ne sont pas choisis en vertu de leurs

capacités professionnelles en matière de gestion, ceci ne faisant pas partie de la culture juridique. La structure même de pouvoir des tribunaux, des parquets et du Ministère de la Justice est de nature à laisser toutes les décisions concernant les opérations du système judiciaire exclusivement entre les mains des magistrats. Notre longue expérience de la consultation et de l'expérimentation dans le domaine des technologies des tribunaux montre clairement que toute tentative d'affectation formelle, ne serait-ce que d'un minimum d'autonomie décisionnelle à du personnel non judiciaire possédant les connaissances et les compétences professionnelles nécessaires pour moderniser la gestion des tribunaux, a toujours été rejetée au nom de l'indépendance judiciaire. Toutefois, cette résistance à l'introduction de méthodes et de compétences modernes de gestion dans les tribunaux peut également se rencontrer sous une forme plus ou moins radicale dans des pays autres que l'Italie. Cette résistance semble être un élément faisant partie intégrante de la culture judiciaire. Au cours de mes expériences et d'entretiens de juges d'« Europe latine » par exemple, j'ai toujours eu la très distincte impression que, même à leur insu, ils croyaient fermement et émotionnellement que tout mécanisme d'organisation visant à stimuler et à vérifier la productivité du personnel était incompatible avec le bon exercice de la fonction judiciaire et en conflit irrémédiable avec leur indépendance.

10. *Le Ministère de la Justice et l'indépendance*

Dans de nombreux pays, le rôle du Ministère de la Justice est souvent suspecté de représenter une menace réelle ou potentielle à l'indépendance judiciaire. Dans les systèmes politiques d'Europe de l'Ouest continentale, le ministre de la justice est formellement responsable devant le parlement du bon fonctionnement du système judiciaire. Le rôle effectif varie en pratique considérablement d'un pays à

l'autre. Par conséquent cela peut valoir la peine d'étudier les pouvoirs effectifs du ministre en Italie. La constitution italienne donne explicitement au ministre de la justice deux tâches : (a) l'organisation et le fonctionnement des services du système judiciaire et (b) la prérogative de l'introduction de procédures disciplinaires à l'encontre des magistrats. De même que ses collègues des autres pays d'Europe de l'Ouest continentale, le ministre italien de la justice est responsable de la préparation et de la gestion du budget de tout le système judiciaire et carcéral. Il ou elle a également la responsabilité de recruter la plus grande partie du personnel non judiciaire des tribunaux et des parquets. (Une fois affecté auprès d'un tribunal, le personnel non judiciaire n'est hiérarchiquement subordonné qu'au magistrat dirigeant ce tribunal.) Plus de 130 magistrats à plein temps se chargent de tous les postes de direction (hauts, intermédiaires et bas) au sein du Ministère de la Justice, même des postes de direction responsables de décisions techniques très spécialisées (comme, par exemple, la construction et l'entretien des tribunaux et des prisons ou la planification et la mise en œuvre de technologies modernes au sein des tribunaux et du parquet). Les enquêtes dont le ministre peut avoir besoin pour promouvoir les procédures disciplinaires auprès du CSM sont exclusivement menées par les magistrats du ministère. Toutefois, dans la plupart des cas, le procureur général de la Cour de cassation déclenche la procédure disciplinaire et les enquêtes sont alors menées par les magistrats de son parquet. La fonction du ministère public en ce qui concerne les questions disciplinaires est en tout cas réservée aux procureurs généraux. Il est intéressant de noter que, pendant plusieurs décennies, le ministre de la justice a hésité à déclencher des procédures disciplinaires à chaque fois qu'il y a eu la plus infirme possibilité que son initiative puisse être critiquée par ses opposants politiques ou par le ANMI comme une tentative d'intimidation de magistrats.

Les magistrats sont dans leur majorité convaincus – conviction qui s’est jusqu’à présent imposée – que tous les postes de direction du ministère doivent être strictement gardés entre leurs mains comme garantie que le ministre de la justice ne prendra pas d’initiatives qui soient au détriment de l’indépendance des magistrats du siège et du parquet. Même lorsque le CSM les affecte pour servir auprès du Ministère de la Justice, les magistrats restent sous l’autorité pleine et entière du CSM en ce qui concerne les questions de discipline, de promotion ainsi que de leur affectation ou rôle futurs en tant que magistrats. Par voie de conséquence, en menant leurs activités au sein du ministère, ils s’occupent beaucoup plus de répondre aux attentes de leur association professionnelle et de leurs pairs qui ont été élus comme membres du CSM qu’aux attentes du ministre. Le CSM a, en de nombreuses occasions, montré sa détermination de ne pas tenir compte des demandes ou des aspirations des quelques magistrats qui ne se sont pas conformés à ses attentes pendant qu’ils étaient au service du ministre de la justice.

En effet, le rôle du ministre italien de la justice est beaucoup plus faible que celui de ses collègues d’autres pays d’Europe de l’Ouest continentale à de nombreux autres égards également. Pour illustrer ce point, une comparaison résumée du rôle du ministre français de la justice pourrait suffire, limitée bien évidemment aux aspects qui ont le plus trait à l’indépendance judiciaire :

1. En Italie, le CSM se saisit d’office pour toutes ses décisions à l’exception de celle concernant la discipline (où le CSM agit en tant que juge). Par contre, la formation du CSM français (voir tableau 1) qui décide en ce qui concerne les juges ne peut, pour la plupart de ses décisions, qu’agir sur demande du ministre de la justice.

2. En Italie, le ministre de la justice n’est pas membre du CSM. En France, le ministre de la justice est vice-président du CSM et préside toutes les réunions, exception faite de celles où le rôle présidentiel est exercé par le président de la république française.
3. En Italie, toutes les activités relatives à la formation initiale et permanente des magistrats sont entièrement entre les mains du CSM. En France, l’*École nationale de la magistrature* est reliée au ministre de la justice et le ministre lui-même en choisit le directeur parmi les magistrats en qui il a confiance.
4. En Italie, le ministère public est totalement indépendant du ministère de la justice. Toutes les décisions concernant le ministère public depuis le recrutement jusqu’à la retraite sont prises par le CSM italien. En France, les magistrats du ministère public sont hiérarchiquement subordonnés au ministre de la justice, en ce qui concerne les promotions, les transferts, l’affectation des rôles, la discipline et autre. La formation du ministère public au sein du CSM français n’a que des pouvoirs de consultation. En outre, le ministre de la justice français a pour responsabilité d’émettre des instructions au ministère public dans le domaine de l’initiative et des priorités pénales. En Italie au contraire, ces questions de politique sont *de facto* entièrement entre les mains du ministère public lui-même.

En résumé, on peut dire que les pouvoirs du ministre français de la justice pour ce qui est du fonctionnement du réseau des tribunaux et des parquets sont reconnus comme faisant partie intégrante du système démocratique de mécanismes régulateurs constitutionnels.

Au lieu de cela, en Italie, les pouvoirs du ministre de la justice ne sont pas seulement beaucoup plus limités d'un point de vue formel mais, de façon informelle, ils sont très réduits de par le rôle prééminent joué par les magistrats dans le fonctionnement au jour le jour du ministère.

11. Remarques à titre de conclusion

L'une des évolutions les plus visibles de l'État démocratique moderne est la pertinence politique accrue du pouvoir judiciaire.⁴⁸ La dissémination de législations protégeant une vaste gamme d'intérêts sociaux et économiques des citoyens a généré pour eux des occasions chaque fois plus nombreuses de s'adresser aux juges pour la protection de leurs droits. Il y a très peu de domaines d'intérêt vital pour les citoyens qui n'ont pas été touchés par des décisions judiciaires.⁴⁹ En outre, la dangereuse évolution des activités criminelles (de celles dans les zones urbaines à celles qui ont acquis une dimension internationale) a rendu la répression judiciaire du crime plus importante que jamais. Pour cette raison et d'autres, la charge de travail des tribunaux a considérablement augmenté et le travail des juges est devenu beaucoup plus complexe. Ces développements ont, entre autres, augmenté encore le besoin professionnel d'excellence, d'indépendance, d'efficacité et de responsabilité. Ces valeurs, qui sont tout aussi importantes pour le bon fonctionnement du système judiciaire, sont difficiles à combiner au niveau opérationnel.

⁴⁸ C. Neal Tate et Torbjorn Vallinder (eds), *The Global Expansion of Judicial Power* [L'expansion globale du pouvoir judiciaire], New York University Press, 1995

⁴⁹ Ce phénomène est illustré dans de nombreux ouvrages et articles. Voir Lawrence M. Friedman, *Total Justice* [Justice totale], Russel Sage Foundation, New York 1985 ; Kate Malleson, *The New Judiciary : The Effects of Expansion and Activism* [Le nouveau judiciaire : les effets de l'expansion et de l'activisme], Dartmouth Publishing Co, Aldershot 1999.

On peut tirer plusieurs leçons de l'expérience de l'Italie en ce qui concerne l'indépendance judiciaire :

1. Le rapport entre l'indépendance judiciaire et l'évaluation efficace des qualifications professionnelles dans les pays où les juges sont recrutés pour un poste judiciaire spécifique parmi des avocats expérimentés est différent de celui qui existe dans les pays où les juges sont recrutés parmi les jeunes diplômés sur la base de leur connaissance théorique du droit. Dans ces derniers pays, le besoin d'assurer le développement et l'affinement des compétences professionnelles ne peut pratiquement pas être effectué sans une évaluation périodique des performances professionnelles sur ses mérites au cours d'un service de toute une vie. En même temps, en faisant cela, il se peut que ceux à qui l'on a confié le pouvoir d'évaluer les performances judiciaires influencent indirectement les juges en cours d'évaluation et les fassent se conformer aux attentes (plus ou moins bien perçues) des évaluateurs.⁵⁰ Les garanties des qualifications professionnelles ne devraient pas non plus être sacrifiées au nom de l'indépendance judiciaire (comme en Italie) et la valeur de l'indépendance ne devrait pas non plus être sacrifiée par un contrôle trop strict du contenu des décisions judiciaires. L'une des principales fonctions données aux conseils de la magistrature de « l'Europe latine » est certainement celle de protéger ces deux valeurs conjointement. La composition de

⁵⁰ G. Di Federico, « The Italian Judicial Profession and its Bureaucratic Setting » [La profession judiciaire italienne et ses paramètres bureaucratiques], *The Judicial Review, The Law Journal of Scottish Universities*, 1976, pp. 40-55

ces conseils et la façon dont leurs membres sont choisis (qui diffèrent entre les pays, comme le montre le tableau 1) semblent être des éléments pertinents de leur bon fonctionnement.⁵¹

2. L'excellence professionnelle renforce l'indépendance judiciaire et rend le juge moins susceptible de subir une influence externe. Ceci est certainement une raison supplémentaire pour favoriser la création d'organismes pour la formation initiale et permanente des juges.
3. À divers degrés et de différentes manières, les ministères de la justice d'Europe de l'Ouest sont conçus comme faisant partie des mécanismes régulateurs ayant pour but d'assurer l'efficacité et la responsabilité des tribunaux ainsi que de protéger du danger que les penchants corporatifs d'un pouvoir judiciaire recruté de manière bureaucratique, s'il était laissé à lui-même, puissent résulter en un abaissement des garanties de qualifications professionnelles. Le ministre de la justice français a certainement pour but de remplir un tel rôle. On entend parfois, dans divers pays européens, de plaintes selon lesquelles le rôle du ministre de la justice peut mettre en danger l'indépendance judiciaire. Il est difficile de savoir si et dans quelle mesure ces plaintes sont fondées sur des faits. Toutefois, un abaissement

radical des pouvoirs du ministre de la justice comme celui qui est survenu en Italie ne semble pas être, en lui-même et sans autres ajustements institutionnels, la meilleure solution pour promouvoir un bon équilibre entre les valeurs d'excellence professionnelle, de responsabilité, d'efficacité et d'indépendance.

4. Le cas de l'Italie montre l'importance de l'établissement d'un code détaillé de conduite judiciaire pour mieux protéger la substance et l'image de l'indépendance judiciaire et pour apporter un « entretien de frontière » adéquat entre le pouvoir judiciaire d'un côté et les autres pouvoirs (législatif et exécutif) de l'autre. Un code détaillé de conduite judiciaire n'est pas seulement important pour éviter la possibilité que, par le biais de l'acceptation de nominations extrajudiciaires, de la participation à des activités partisans ou d'un comportement inapproprié au sein ou à l'extérieur des tribunaux, l'indépendance et l'impartialité (réelle et/ou perçue) du juge puisse être compromise.⁵² C'est aussi une protection de l'indépendance judiciaire car un code détaillé d'éthique, en soumettant à une stricte restriction les pouvoirs discrétionnaires de ceux qui ont la responsabilité de la discipline judiciaire, retire aux juges la crainte qu'ils puissent être

⁵¹ La Commission présidentielle française sur les réformes judiciaires nommée en 1997 (connue sous le nom de « Commission Truche ») a proposé que, afin d'éviter la prévalence des penchants corporatifs, la majorité des membres du conseil ne soit pas des magistrats. La réforme du Conseil espagnol en 1985 a prescrit que l'ensemble des 12 membres représentant les juges ne soient plus élus par leurs pairs mais par le Parlement.

⁵² Un bon modèle à adapter aux besoins locaux pourrait être le code d'éthique judiciaire du Barreau américain. Pour une présentation commentée, voir J.M. Shaman, S. Lubet, J.J. Alfani, *Judicial Conduct and Ethics* [Conduite judiciaire et éthique], Michie Law Publishers, Charlottesville, VA 1995. Pour le code adopté au Canada, voir le Conseil de la magistrature canadien, *Ethical Principles for Judges* [Principes éthiques pour les juges], site Web www.cjc.ccm.gc.ca

sanctionnés pour le contenu de leurs décisions judiciaires.

5. La discipline judiciaire peut s'avérer plus efficace dans le renforcement de la responsabilité judiciaire si des procédures sont établies pour donner aux citoyens des voies de participation.⁵³
6. La modernisation organisationnelle et technologique des tribunaux peut être importante en ce qui concerne la promotion d'un équilibre fonctionnel entre les valeurs d'indépendance, de responsabilité et d'efficacité en rendant entièrement transparent le fonctionnement interne du système des tribunaux et moins discrétionnaire l'évaluation des performances professionnelles.

J'ai traité dans cette présentation de l'indépendance judiciaire par rapport au système judiciaire italien où les magistrats du siège et du parquet appartiennent au même corps de la fonction publique et où, contrairement à autres pays démocratiques, les magistrats du ministère public jouissent des mêmes garanties d'indépendance que les juges. Toutefois, « l'indépendance » n'a pas et ne peut avoir le même sens et les mêmes implications lorsque ce terme est employé pour, respectivement, les magistrats du siège

⁵³ Pour les mécanismes que l'on peut employer pour relier la responsabilité judiciaire aux attentes des citoyens, sans empiéter sur l'indépendance judiciaire, on peut voir les expériences des diverses organisations de conduite judiciaire fonctionnant dans différents états américains. Ces organisations permettent aux citoyens de participer de différentes manières : (a) en leur permettant de déposer une plainte ; (b) en incluant des représentants des citoyens aux groupes d'experts qui dirigent les enquêtes, mènent les audiences et décident des sanctions mineures ; et (c) en informant les citoyens qui ont déposé une plainte du résultat de la procédure disciplinaire ou des raisons pour lesquelles il n'a pu être donné suite à ladite plainte.

et du parquet – en raison des différentes fonctions qu'ils ont à remplir. C'est pourquoi dans les pays démocratiques les garanties d'indépendance pour les juges sont, en règle générale, assez différentes de celles qui concernent les magistrats du ministère public. Discuter de ces différences et illustrer en détail les conséquences négatives qui pourraient se faire jour en ce qui concerne le bon fonctionnement du système judiciaire, comme en Italie lorsque l'on n'en tient pas correctement compte, serait complexe et, en tout cas, en dehors du sujet du présent article.⁵⁴ Il suffit de rappeler ici qu'on comprend l'indépendance judiciaire comme une condition nécessaire (mais non suffisante) pour assurer certaines des caractéristiques de base du rôle du juge, à savoir qu'il est un agent passif qui tranche de façon impartiale un différend que lui ont soumis les parties à ce différend, après avoir donné à chacune des parties une chance égale de présenter les arguments en leur faveur. Il est par conséquent nécessaire de créer les meilleures conditions de façon à éviter que les décisions du juge ne soient indûment influencées de l'intérieur ou de l'extérieur du judiciaire. En outre, dans un système démocratique, la même légitimité du rôle du juge dépend non seulement du fait qu'il est impartial mais aussi qu'il apparaisse comme impartial et indépendant.

Les caractéristiques fonctionnelles du rôle des magistrats du ministère public sont assez différentes. Loin d'être des agents passifs, ils ont un rôle qui, de par sa nature même, est essentiellement actif. En fait leur

⁵⁴ Pour les conséquences néfastes liées à la conception de l'indépendance du ministère public comme coïncidant avec l'indépendance judiciaire, voir Giuseppe Di Federico, « Prosecutorial Independence and the Democratic Requirement of Accountability in Italy : Analysis of a Deviant Case in a Comparative Perspective » [L'indépendance du ministère public et l'obligation démocratique de responsabilité en Italie : analyse d'un cas aberrant dans une perspective comparative], *British Journal of Criminology*, Été 1998, pp. 371-87.

fonction première est de déclencher et de mener l'action pénale, d'agir en tant que partie dans la procédure judiciaire et, dans un certain nombre de pays, y compris l'Italie, de superviser et de diriger la police au cours de la phase de l'enquête. Au contraire du juge, le ministère public n'est pas sensé être passif, neutre ou impartial dans le processus judiciaire.

La différence entre le juge et le ministère public en ce qui concerne l'indépendance interne est, elle, aussi assez évidente. Pour qu'un magistrat du ministère public accomplisse de façon efficace et efficiente ses activités, il faut souvent que ces activités soient coordonnées hiérarchiquement avec celles des autres magistrats de son parquet ou avec les magistrats du ministère public appartenant à d'autres parquets. Bien sur, toute coordination de ce genre concernant la substance des activités et des décisions des juges violerait visiblement leur indépendance. Autrement dit, tandis que constituerait une violation de l'indépendance judiciaire le fait pour le président d'un tribunal d'user de son autorité pour instruire les juges de son tribunal sur la façon de trancher les affaires dont ils ont à décider, la même attitude de la part du chef d'un parquet serait au lieu de cela considérée comme légitime voire nécessaire pour un fonctionnement efficace du parquet et survient régulièrement dans les pays démocratiques, tant en Europe qu'ailleurs.

Certaines des principales différences entre les magistrats du siège et du parquet pour ce qui a trait à l'indépendance interne sont également évidentes. Dans tous les pays, le nombre d'infractions pénales est tel que bon nombre d'entre elles ne peuvent être effectivement poursuivies. La définition des priorités à suivre devient alors une importante partie intégrante des choix à faire tant pour la répression efficace du phénomène criminel que pour assurer que tous les citoyens sont traités à égalité face au

droit pénal.⁵⁵ En raison de la grande importance politique de ces choix, dans la plupart des pays démocratiques, ils sont définis, de différentes manières et à divers degrés de transparence, dans le processus démocratique et ils acquièrent de diverses manières force exécutoire pour les magistrats du ministère public.⁵⁶ À cet égard, l'indépendance externe des magistrats du ministère public ne veut pas dire qu'ils ne doivent pas recevoir d'instructions obligatoires de nature générale depuis l'extérieur de leur corps de fonctionnaires et qu'ils ne doivent pas être tenus pour responsables de leur conformité à ses instructions mais plutôt qu'ils ne devraient pas recevoir ni être obligés de suivre des instructions *ad hoc* non transparentes en ce qui concerne des cas spécifiques, ceci afin d'éviter que ces instructions soient indûment utilisées pour influencer (activement ou par omission) la conduite des magistrats du

⁵⁵ Dans certains pays – par exemple, l'Angleterre et les Pays-Bas – le ministère public ne reçoit pas seulement des instructions sur les priorités à suivre mais il reçoit également la liste des affaires dont la poursuite n'est pas dans l'intérêt général. Pour une analyse qui s'attache à cet aspect et à d'autres aspects du système de poursuite en Angleterre et au pays de Galles, en Écosse, en Hollande et en Allemagne, voir Julia Fonda, *Public Prosecutors and Discretion : A Comparative Study* [Ministère public et pouvoir discrétionnaire : étude comparative], Oxford University Press 1995.

⁵⁶ *Idem*. Il a été officiellement demandé à une commission de réforme française (Commission de réflexion sur la justice), créée en 1997 par Chirac, d'explorer entre autre la possibilité d'une nouvelle mise en œuvre selon laquelle le ministère public ne serait plus assujéti au ministre de la justice. Sur ce point, la commission de réforme française, présidée par le président de la Cour de cassation, a fourni une réponse claire : « ...les politiques judiciaires de la nation doivent, dans une démocratie, être maintenues sous la responsabilité de l'exécutif en la personne du ministre de la justice et, en conséquence, elle [la commission] a décidé contre l'autonomie totale du ministère public ».

ministère public à des fins partisans ou discriminatoires.⁵⁷

Avant de terminer, je dois avouer que me suis constamment senti mal à l'aise pendant que j'écrivais cet article, car il peut être mal compris ou pire être utilisé à des fins qui peuvent aller à l'encontre de mes propres intentions et convictions. Tout particulièrement parce que le présent article est également destiné à servir de référence pour ceux qui opèrent dans des pays où l'indépendance judiciaire est soit ignorée soit à l'aube de son développement. Cet article ne sous-estime en rien l'importance cruciale d'un judiciaire pleinement indépendant pour le bon fonctionnement d'une communauté démocratique. Toutefois l'indépendance a valeur d'instrument et n'est pas une fin en soi. Elle a principalement pour but de créer les conditions les plus favorables dans lesquelles le juge puisse décider de façon impartiale, *sine spe ac metu* (sans crainte ni espoir). Et je suis fermement convaincu que ceux qui s'intéressent aux réformes judiciaires ou qui y sont activement engagés devraient être informés que des mesures adoptées avec la meilleure intention de promouvoir l'indépendance judiciaire ne devraient en aucun cas saper gravement d'autres valeurs tout aussi importantes au bon fonctionnement du système judiciaire, telles que les garanties de qualifications et de performances professionnelles, sans toutefois créer – comme c'est le cas en Italie – en conséquence de graves dysfonctionnements.

⁵⁷ En 1993, par exemple, le Parlement français a approuvé une loi (art.3, Loi 93-2) qui prévoit que le ministre de la justice ne peut donner de telles instructions que par écrit. En Angleterre, le procureur général est formellement investi du pouvoir de mettre fin à des initiatives pénales. Récemment ce pouvoir a été *de facto* soumis à l'examen du public, n'a été utilisé qu'en de très rares occasions et n'a pas généré de critique lorsqu'il a été employé.

TABLEAU 1 : Les Conseils de la magistrature en Espagne, en France, en Italie et au Portugal

	Italie*	France**	Espagne***	Portugal****
Nombre de membres	33	12	21	17
Présidence	Président de la république	Président de la république	Président du <i>Tribunal Supremo</i>	Président du <i>Tribunal Supremo</i>
Membres de droit	Président de la Cour suprême de cassation, Procureur Général de la Cour de cassation	Ministre de la Justice (en tant que vice-président)		
Nombre de membres extérieurs au pouvoir judiciaire	10 professeurs de droit ou avocats élus par le Parlement à la majorité qualifiée	3 membres nommés : 1 par le président de la république 1 par le président de la Chambre des députés 1 par le président du Sénat	8 juristes élus par le Parlement	8 membres nommés : 7 par le Parlement 1 par le président de la république
Nombre de membres du pouvoir judiciaire, élus ou nommés	20 élus par leurs pairs (+)	7 membres élus : 1 juge du Conseil d'État élu par ses pairs 5 juges et 1 magistrat du ministère public élus par leurs pairs	12 juges élus par le Parlement	7 juges élus par leurs pairs 1 juge nommé par le président de la république

* *Consiglio Superiore della Magistratura* –

(+) Comme les magistrats du siège et du parquet appartiennent au même corps de la fonction publique et que le conseil décide de questions concernant à la fois les magistrats du siège et du parquet, l'électorat actif et passif coïncide.

** Conseil supérieur de la magistrature : Les magistrats du siège et du parquet appartiennent au même corps de fonctionnaires mais il y a deux formations différentes du conseil, l'une pour les juges et l'autre pour le ministère public. La formation ici représentée décide des questions relatives aux juges.

*** *Consejo General del Poder Judicial*.

**** *Conselho Superior da Magistratura*. Le Portugal a en outre créé un conseil différent pour le ministère public, le *Conselho Superior do Ministerio Publico*.

E. Efforts pour améliorer l'indépendance judiciaire en Amérique Latine, une perspective comparée⁵⁸

par Margaret Popkin

1. Introduction

En Amérique Latine, la lutte pour un corps judiciaire indépendant est un processus continu, mais des développements importants se sont produits au cours de ces dernières années. À l'exception du Costa Rica, un processus de transition démocratique a eu lieu dans tous les pays inclus dans cette étude, suite à un régime autoritaire ou, comme pour le Salvador et le Guatemala, un conflit armé.⁵⁹ Certes, les

⁵⁸ La plus grande partie de l'information sur les développements récents dans les différents pays vient des excellents articles préparés par les divers experts nationaux en réponse à une série de questions. Les auteurs dont les contributions se reflètent dans le présent article sont Victor Abramovich (Argentine), Eduardo Rodriguez (Bolivie), Juan Enrique Vargas (Chili), Fernando Cruz Castro (Costa Rica), Eduardo Jorge Pratts, Francisco Alvarez Valdez, Felix Olivares et Victor José Castellanos (République Dominicaine), Francisco Diaz Rodriguez et Carlos Rafael Urquilla (Le Salvador), Yolanda Pérez et Eleazar López (Guatemala), Jesús Martínez (Honduras), Jorge Molina Mendoza (Panama) et Jorge Bogarin (Paraguay). La discussion a également été enrichie par la contribution d'autres experts nationaux qui ont participé à la réunion régionale tenue en juillet au Guatemala.

⁵⁹ L'Argentine a retrouvé un gouvernement civil en 1983. En Bolivie, la dictature militaire s'est achevée en 1982 avec le retour du gouvernement civil. Après 18 ans de régime militaire, le général Augusto Pinochet a remis les rênes du pouvoir à son successeur démocratiquement élu, mais seulement après avoir fait une série de changements constitutionnels visant à maintenir son contrôle sur divers aspects du gouvernement y compris le pouvoir judiciaire. Le Honduras a mis fin à une longue période de domination militaire au début des années 1990. Les accords de paix du Guatemala, en 1996, ont mis fin à 36 années de conflit armé. Les accords de paix du Salvador de 1992 ont mis fin à presque 12

pays d'Amérique Latine n'ont pas tous évolué dans la même direction et les mesures prises n'ont pas toujours eu les résultats positifs espérés. De plus, l'indépendance judiciaire se trouve confrontée à de nouveaux problèmes tels que de grandes vagues de criminalité, le trafic de drogue et les efforts pour y mettre fin et, dans le cas de la Colombie, des menaces fréquentes contre les juges faites par les différentes parties d'un conflit armé. Des efforts pour contrôler le pouvoir judiciaire ont été faits récemment par l'exécutif en Argentine, au Panama et au Pérou et l'on craint des interventions possibles de l'exécutif dans d'autres pays. Mais malgré des nuages à l'horizon, on est largement d'accord que, dans de nombreux pays de la région, le pouvoir judiciaire jouit maintenant d'une indépendance vis-à-vis de l'extérieur, notamment de la part de l'exécutif et des militaires, plus étendue qu'il ne l'a jamais eue auparavant.

a. Le cadre historique

Au moment de l'indépendance, la plupart des pays d'Amérique Latine ont opté pour les modèles européens de constitutions qui reflétaient les structures autoritaires qui dominaient sur le continent. En Europe, à la suite des révolutions, des guerres et des réformes, ces structures autoritaires ont été substantiellement modifiées, mais les pays d'Amérique Latine n'ont pas suivi et à la place, la domination de l'exécutif est restée la règle : le pouvoir judiciaire était une branche secondaire, dont le rôle était souvent sous le contrôle ouvert de l'exécutif et qui était chargé de veiller à ce que rien ne vienne déranger les détenteurs du pouvoir politique ou économique. Les juges étaient mal payés et manquaient de prestige. Dans de nombreux pays, la corruption était

années de conflit armé qui avait suivi plusieurs décennies de régime militaire. L'invasion de Panama par les États-Unis, en 1989, a mis fin à 21 ans de gouvernement militaire. Enfin, au Paraguay, 35 années de dictature du général Alfredo Stroessner ont pris fin en 1989.

envahissante. Comme un leader dominicain le disait en 1988 « la justice est un marché où les sentences sont vendues ».⁶⁰

La période des dictatures et de la répression brutale qui a eu lieu dans de nombreux pays dans les années 1970 et 1980, a été suivie par une décision sans précédent d'examiner les défauts institutionnels qui avaient permis de telles atrocités. Ainsi, à commencer par l'Argentine, puis au Chili, au Salvador, au Honduras, en Haïti et au Guatemala, des organismes d'enquête (connus d'habitude sous le nom de « commissions de vérité ») ont examiné l'histoire des violations des droits de l'homme et le comportement de diverses institutions étatiques, et ont trouvé régulièrement que le pouvoir judiciaire avait manqué de protéger les citoyens contre les détentions arbitraires, la torture et les exécutions officielles.

- La Commission de vérité de l'Argentine a trouvé que, au cours de la période pendant laquelle les militaires étaient les auteurs de disparitions massives, « la voie judiciaire était devenue un recours presque inopérant ».
- Selon la Commission de vérité et de réconciliation du Chili, en 1975 et malgré la situation bien connue des droits de l'homme dans ce pays, le président de la Cour suprême attribuait la réputation d'abus des droits de l'homme du Chili à des « mauvais Chiliens ou des étrangers avec des intérêts politiques ».
- Au Salvador, la Commission de vérité a trouvé que « le pouvoir judiciaire était affaibli, étant victime de l'intimidation, et les bases étaient

jetées pour la corruption ; comme il n'avait jamais joui d'une indépendance institutionnelle réelle par rapport aux pouvoirs législatif et exécutif, le manque d'efficacité du judiciaire augmentait jusqu'à devenir, par son inaction ou sa soumission effarante, un facteur qui a contribué à la tragédie dont le pays a souffert ».

- Le commissaire aux droits de l'homme du Honduras a trouvé que, pendant les années 1980, le pouvoir judiciaire a régulièrement manqué de faire des investigations ou de répondre aux demandes d'habeas corpus dans les cas de disparitions forcées.
- La Commission de clarification historique du Guatemala a publié la conclusion suivante : « Le système de la justice, qui n'existait pas dans de grandes zones du pays avant la confrontation armée, était encore plus affaibli lorsque le pouvoir judiciaire se soumettait aux exigences du modèle dominant de sécurité nationale. La Commission a conclu qu'en tolérant ou en participant directement à l'impunité qui cachait les violations les plus flagrantes des droits de l'homme, le pouvoir judiciaire était devenu totalement non fonctionnel dans son rôle de protecteur de l'individu contre l'État et avait perdu toute crédibilité en tant que gardien d'un système juridique efficace. Ceci a permis à l'impunité de devenir l'un des mécanismes les plus importants pour créer et maintenir un climat de terreur. » La commission a attribué de nombreux défauts du système de justice au manque d'indépendance judiciaire.

L'échec des systèmes judiciaires d'Amérique Latine dans la protection des droits de l'homme pourrait avoir été moins

⁶⁰ Victor José Castillanos, rapport sur l'indépendance judiciaire en République Dominicaine, préparé pour cette étude, page 5, citant une étude d'ILANUD de 1988 relative à l'administration de la justice pénale en République Dominicaine.

surprenant que l'abdication des tribunaux d'Argentine ou du Chili, qui étaient des institutions plus solides. Malgré sa force en tant qu'organisation, un pouvoir judiciaire exposé aux compromis et qui considérait que son rôle était de protéger le pays contre la subversion et maintenir la sécurité nationale, n'avait pas – et dans de nombreux cas ne pouvait pas – protéger les particuliers contre les abus de l'État. La Cour suprême du Chili a ouvertement soutenu le coup d'état militaire de septembre 1973 contre le président élu Salvador Allende. Les juges associés au gouvernement Allende, qui représentaient quelque 10 pour cent du corps judiciaire furent rapidement éliminés.⁶¹ De plus, la nature fortement autoritaire et verticale des systèmes judiciaires d'Amérique Latine signifiait que les quelques juges qui tentaient d'exercer leur indépendance et remettaient en question les actes de l'État étaient rapidement rappelés à l'ordre. Cette triste histoire a affaibli le peu de légitimité publique dont le pouvoir judiciaire aurait pu jouir, quelle que soit sa force institutionnelle.

En 1990, réagissant contre le rôle de la Cour suprême du Chili dans la couverture des violations des droits de l'homme sous le régime d'Augusto Pinochet, le nouveau gouvernement démocratique du Chili s'est immédiatement efforcé d'introduire des réformes qui auraient créé le Conseil national de justice et changé la composition et le fonctionnement de la Cour suprême. Ces propositions ont suscité une vive opposition de la part du judiciaire dans son ensemble, qui les considérait comme une menace à son indépendance. Les réformes ont été fortement critiquées par l'opposition ; seuls les législateurs du parti au pouvoir étaient en faveur. Le second gouvernement démocratique, sous le président Eduardo Frei, a opté pour une stratégie différente et bien plus efficace pour réformer le secteur de la justice. Le nouvel

⁶¹ Juan Enrique Vargas et Mauricio Duce, rapport sur l'indépendance judiciaire au Chili, préparé pour cette étude, page 2.

effort de réforme fut centré sur la justice pénale et cherchait à réunir un consensus dans les sphères juridiques, judiciaires et politiques. La nouvelle stratégie a augmenté de beaucoup la possibilité de faire des changements, y compris certaines réformes qui avaient été rejetées auparavant.⁶²

b. Les principaux défis à l'indépendance et à l'impartialité judiciaires

Au cours des dernières années, alors que les dirigeants militaires ont pour la plus grande partie quitté la scène, des réformes ont été introduites dans toute la région pour améliorer les méthodes de sélection judiciaire, accroître, et dans certains cas, protéger, le budget judiciaire contre le contrôle politique, augmenter les salaires des juges et établir ou réformer les lois sur la carrière judiciaire. Dans certains pays, les conseils de la magistrature ont été créés ou recréés pour jouer un rôle dans la sélection des juges et, à divers degrés, dans la gouvernance judiciaire. Les pays d'Amérique Latine sont également confrontés au problème de responsabiliser les juges selon des normes éthiques et professionnelles sans empiéter sur leur indépendance.

Ces efforts de réforme ont réalisé quelques progrès importants, mais ils se sont aussi heurtés à une série d'obstacles et de limitations. De plus, dans un certain nombre de pays de la région, en particulier l'Argentine, le Guatemala et le Honduras, les juges pensent encore que ceux qui détiennent le pouvoir politique et économique continuent d'exercer ou tentent d'exercer une influence malvenue sur leurs décisions. Au Panama, malgré les progrès en matière d'indépendance judiciaire amenés par la fin du régime militaire en 1989, un président récent a cherché à s'assurer le contrôle de la Cour suprême en créant une nouvelle chambre de la Cour qui a rendu nécessaire la nomination de trois nouveaux

⁶² Vargas et Duce, page 7.

juges. Son successeur, du parti d'opposition, a dissout la nouvelle chambre éliminant ainsi les postes des trois nouveaux juges. Même au Salvador, qui a beaucoup encouragé l'indépendance judiciaire à la suite des accords de paix, « la majorité des juges de la Cour suprême ne se sentent pas entièrement indépendants du pouvoir politique et publient des décisions qui dans certains cas limitent la portée de la loi parce que des décisions différentes pourraient causer des troubles ... ». ⁶³ De même, les acteurs politiques puissants s'attendent à ce que la Cour suprême de justice ne prenne pas des décisions contraires à leurs intérêts.

En Colombie et au Guatemala, les juges sont souvent confrontés à de sérieuses menaces de violence. En 1999, les ONGs guatémaltèques ont persuadé le Rapporteur spécial des Nations Unies sur l'indépendance des juges et des avocats de se rendre au Guatemala et d'y enquêter sur les menaces à l'indépendance judiciaire qui se reflétaient dans l'absence de progrès dans des affaires délicates et la prévalence des menaces contre les juges et les procureurs. Le rapporteur a trouvé que les préoccupations des juges « étaient réelles » et conclu que « la Cour suprême avait manqué à son devoir envers les juges concernés », n'ayant « jamais fait de déclaration publique dénonçant les menaces, le harcèlement et l'intimidation ». ⁶⁴ Il est revenu au Guatemala en mai 2001 à cause de l'escalade des attaques et des menaces contre les juges. La Colombie, actuellement le seul pays avec un conflit armé reconnu, connaît également le grave problème d'assurer la sécurité des juges, procureurs et témoins pour des crimes attribués aux

⁶³ Francisco Diaz Rodriguez et Carlos Rafael Urquilla, rapport sur l'indépendance judiciaire au Salvador, préparé pour cette étude, page 2.

⁶⁴ Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur l'indépendance des juges et des avocats, Param Coomaswany, présenté conformément à la résolution 1999/31, addendum : rapport de mission au Guatemala, E/CN.4/2000/61/add.1, 6 janvier 2000, paragraphe 142.

militaires, à des groupes paramilitaires, trafiquants de drogues ou guérilleros.

Dans de nombreux pays de la région, les juges ne jouissent pas de la stabilité de leur emploi, y compris dans des pays qui affirment que les juges sont titulaires de leur poste. Alors que les salaires judiciaires se sont beaucoup améliorés dans la plupart des pays étudiés, dans d'autres pays, ils sont encore bien trop bas pour attirer des professionnels qualifiés. Dans certains pays, les salaires ont beaucoup augmenté au sommet de la pyramide judiciaire, mais restent maigres pour les juges d'instances inférieures qui font le gros du travail judiciaire. L'éducation judiciaire a désespérément besoin de réforme et, pour sa plus grande part, n'a pas suivi le rythme des efforts de réforme. La coordination entre bailleurs de fonds continue de poser des problèmes. La presse comprend assez peu ce qu'est l'indépendance judiciaire et affaiblit souvent les bases du judiciaire en le blâmant pour l'échec du gouvernement dans sa lutte contre le crime.

Comme Jorge Bogarin du Paraguay le souligne, la transition vers la démocratie et les réformes qui ont suivi dans le secteur de la justice sont toutes très récentes. Il n'est pas surprenant qu'aucune branche du gouvernement ne soit dès à présent capable de satisfaire les attentes des citoyens. Une culture de corruption demeure ancrée dans le pouvoir judiciaire, entre autres institutions, et le pouvoir judiciaire reste considéré comme inefficace dans un contexte d'impunité. Cependant, le pouvoir judiciaire du Paraguay comprend maintenant un certain nombre de professeurs de droit hautement respectés et, pour la première fois, des politiciens puissants et des officiers de l'armée sont l'objet de poursuites en justice. ⁶⁵

La résistance aux réformes provient de nombreux secteurs qui préfèrent un corps

⁶⁵ Jorge Bogarin, rapport sur l'indépendance judiciaire au Paraguay, préparé pour cette étude.

judiciaire aisément contrôlé. « La Cour suprême de justice de la République Dominicaine est devenue une cible favorite de ceux qui pensent que l'état de droit est une menace à leurs intérêts privés. La classe politique dominicaine, et spécialement les secteurs conservateurs, n'acceptent pas que l'exercice du pouvoir par le gouvernement doive obéir à la constitution et les lois et que le pouvoir judiciaire ait le devoir et la capacité de le contrôler. »⁶⁶

Les cours suprêmes elles-mêmes ont hésité à démocratiser le pouvoir judiciaire et à reconnaître le besoin de permettre à chaque juge de décider de l'affaire qui lui est présentée en se fondant uniquement sur son interprétation des faits et des lois concernées. Alors que les cours suprêmes admettent être submergées par leurs devoirs administratifs au détriment de leurs responsabilités judiciaires, elles ont résisté aux réformes qui leur auraient fait abandonner les pouvoirs administratifs, disciplinaire et de nomination qu'elles exercent sur le reste du corps judiciaire. Le présent article examine certaines des réformes entreprises à ce jour dans différents pays de la région, leur genèse et, dans la mesure du possible, leurs résultats.

Bien qu'il soit nécessaire d'énumérer les différentes réformes individuellement, il importe tout autant d'avoir à l'esprit la relation intime entre les différentes réformes conçues en vue de renforcer l'indépendance judiciaire ainsi que de combiner les réformes et de les placer selon une certaine séquence qui permettrait d'en maximaliser l'impact. Ainsi, la formation aura peu d'effet si ceux qui la reçoivent ne peuvent mettre en pratique ce qu'ils ont appris sans se heurter aux ordres de leurs supérieurs dans la hiérarchie judiciaire. Changer les membres de la cour suprême ne résoudra pas le problème de l'indépendance judiciaire si les

tribunaux d'instances inférieures continuent d'être entièrement contrôlés par la cour. De même, lorsque les réformes sont introduites pour améliorer l'indépendance judiciaire, il faut en même temps tenir compte de la responsabilité judiciaire. Ainsi, si le pouvoir judiciaire doit contrôler entièrement son budget, des mécanismes devront être mis en place pour éviter le gaspillage et assurer la transparence dans l'utilisation des fonds. Comme les experts nationaux l'ont souligné, assurer l'impartialité judiciaire au moyen, par exemple, de réformes de la justice pénale qui se dirigent vers un système plus contradictoire, exige que les procureurs et les avocats de la défense jouent correctement leur rôle.

En cherchant à savoir si certaines réformes particulières conviennent, il faut se souvenir qu'elles ne peuvent être isolées et que des réformes supplémentaires seront très probablement nécessaires pour qu'elles soient efficaces. En raison de la complexité du processus de réforme et du besoin de faire participer différentes institutions dans le développement et la mise en oeuvre des réformes, les bailleurs de fonds devraient encourager la création de commissions interinstitutionnelles du secteur judiciaire, avec une représentation à haut niveau d'institutions telles que la Cour suprême, le Conseil de la magistrature, le ministère public, le bureau de l'avocat public, l'ombudsman des droits de l'homme et le ministère de la justice. Les commissions de coordination peuvent aider à coordonner les efforts de réforme et à la coordination des bailleurs de fonds.

2. *La sélection judiciaire et la sécurité des postes*

Au cours des dernières années, la plupart des pays inclus dans cette étude ont développé de nouveaux mécanismes de sélection des juges de la cour suprême et ont étendu la durée de leur mandat, tout en veillant à ce que ces mandats ne coïncident plus avec les élections présidentielles. De nombreux pays ont pris des mesures pour développer ou

⁶⁶ Eduardo Jorge Pratts, Francisco Alvarez Valdez et Félix Olivares, rapport sur l'indépendance judiciaire en République Dominicaine, préparé pour cette étude, page 6.

améliorer des systèmes fondés sur le mérite pour choisir les juges des tribunaux d'instance inférieure et améliorer la stabilité de leur poste.

a. *Les conseils de la magistrature*

Les efforts pour améliorer les procédures de sélection ont, dans certains cas, inclus la création de conseils de la magistrature ou d'autres organismes chargés de recruter, trier et/ou nommer des candidats aux cours suprêmes, à quelques-uns ou tous les tribunaux d'instances inférieures, ou aux deux. Fondées sur un modèle européen conçu pour renforcer l'indépendance judiciaire, ces institutions ont des compositions et mandats variables d'un pays à l'autre dans la région. Quant à leur rôle dans le processus de sélection judiciaire, la transparence avec laquelle elles assument leurs devoirs semble être au moins aussi importante que la composition du conseil.

Dans certains pays, les conseils de la magistrature sont entièrement dépendants de la cour suprême. Dans d'autres, ils sont partiellement ou entièrement indépendants avec une représentation des autres branches du gouvernement et /ou des communautés juridique et universitaire. [Le tableau 2 présente la composition et la fonction des conseils de la magistrature qui ont été créés dans les pays compris dans cette étude et le tableau 3 montre les procédures de sélection des juges de la cour suprême et des tribunaux d'instances inférieures dans les différents pays (voir ces deux tableaux à la fin de cet article).] Certains pays, comme l'Argentine, ont des conseils de la magistrature fédéraux et provinciaux. Certains conseils de la magistrature jouent également un rôle plus ou moins important dans la gouvernance judiciaire.

En pratique, les conseils de la magistrature ont souvent reflété la même politisation qu'ils étaient conçus pour réduire ; ils ont créé de nouvelles bureaucraties et, d'une façon générale, n'ont pas tenu leurs promesses. Quoi qu'il en soit, les conseils de

la magistrature ont aidé à diversifier les contributions dans la sélection des membres du corps judiciaire et, dans la plupart des cas, ont rendu plus probable le fait que les qualifications professionnelles soient prises en considération. Alors que le Conseil de la magistrature du Venezuela a été supprimé et que certains ont proposé de dissoudre les conseils en Colombie et en Équateur, d'autres pays, y compris certains inclus dans cette étude, s'efforcent d'établir ou de renforcer leurs conseils et d'améliorer leur efficacité.

Le Costa Rica et, plus récemment, le Guatemala ont créé des conseils qui sont simplement des organes administratifs de la Cour suprême. Ces organismes jouent un rôle important dans le recrutement et le triage et assument d'autres responsabilités liées à l'administration de la carrière judiciaire.

Le Conseil de la magistrature du Salvador, dominé à l'origine par la Cour suprême, a reçu une plus grande indépendance vis-à-vis de la Cour et de plus grandes responsabilités, le tout sur le fondement de réformes acceptées au cours des négociations de paix de 1991.⁶⁷ Selon la version la plus récente de la loi, celle de 1999, le conseil se compose de six membres, dont aucun ne vient du pouvoir judiciaire lui-même. Ni le pouvoir législatif ni le pouvoir exécutif ne sont représentés au conseil qui est dominé par des représentants de la société civile (la communauté universitaire et la profession juridique). Le conseil participe au processus de sélection des juges de la cour suprême et des tribunaux d'instances inférieures ; il procède également à l'évaluation régulière des juges et dirige l'école de formation judiciaire.

⁶⁷ Le conseil de la magistrature du Salvador a été introduit la première fois par la constitution de 1983, mais la législation d'application n'a été promulguée qu'en 1989. La législation d'application relative au conseil a été réécrite deux fois depuis les accords de paix, la loi actuelle datant de janvier 1999.

Alors que son indépendance pourrait créer des tensions avec la Cour suprême, le conseil actuel s'efforce d'améliorer sa capacité technique et la transparence de ses actions.

Le Paraguay présente un modèle mixte. Son Conseil de la magistrature, qui vient d'être créé, comprend des représentants des trois branches du gouvernement ainsi que deux juristes qui exercent le droit et deux professeurs de facultés de droit. Le conseil paraguayen participe à la sélection des juges de la Cour suprême et des juges de tribunaux d'instances inférieures. Selon Jorge Bogarin, le nouveau système représente un progrès significatif par rapport au système précédent de nominations judiciaires par le pouvoir exécutif.

D'autres pays ont créé des conseils d'une composition beaucoup plus politique. Face à la critique généralisée du manque d'indépendance du pouvoir judiciaire, la République Dominicaine a créé son Conseil de la magistrature avec à sa tête le président du pays ; les autres membres sont le président du Sénat et un autre sénateur appartenant au parti d'opposition, le président de la Chambre des députés et un autre député appartenant à un parti politique différent, le président de la Cour suprême et un autre juge choisi par toute la Cour. A la différence des autres pays inclus dans cette étude, le Conseil de la magistrature dominicain trie et choisit définitivement les nouveaux juges de la Cour suprême ; le Conseil n'a pas d'autre fonction.

Le nouveau Conseil de la magistrature de l'Argentine semble souffrir de sa composition et de sa structure bureaucratique hautement politisées. Il se compose de 20 membres dont le président de la Cour suprême, des membres du corps judiciaire fédéral, des législateurs, des avocats qui exercent au niveau fédéral, des représentants des communautés scientifique et universitaire et un délégué de l'exécutif. Le Conseil de la magistrature du système judiciaire fédéral argentin a été créé pour

aider à la nomination et à la révocation des juges fédéraux, mais il assume ses fonctions avec une certaine lenteur.

L'Argentine et la Bolivie ont promulgué des lois transférant l'administration judiciaire à leurs conseils de la magistrature respectifs. En Argentine, la Cour suprême a rejeté cette réforme comme étant contraire à la constitution. En Bolivie, le conseil assume ces responsabilités ; cependant, le conseil est considéré comme une bureaucratie énorme qui ne semble pas être particulièrement efficace.

b. Les cours suprêmes : procédures de sélection et postes titularisés

Vu la structure hiérarchique des systèmes judiciaires en Amérique Latine et le rôle des cours suprêmes dans la sélection des membres du pouvoir judiciaire dans de nombreux pays, améliorer les mécanismes de sélection de la cour suprême peut constituer un élément essentiel pour d'autres réformes visant à augmenter l'indépendance judiciaire. Changer les mécanismes de sélection de la cour suprême implique des réformes constitutionnelles qui exigent un certain degré de consensus au sein de la société quant au besoin de faire des changements. Cependant, l'expérience du Salvador et de la République Dominicaine suggère que l'impact de ces réformes puisse être relativement rapide et spectaculaire.

Les procédures de sélection des juges de la cour suprême se sont beaucoup améliorées dans certains pays. Plutôt qu'un choix sans contrôle opéré par le congrès national ou le pouvoir exécutif pour des mandats de courte durée qui coïncident en pratique avec les mandats présidentiels, la plupart des pays ont commencé à rendre le processus de nomination plus transparent, avec la participation de plusieurs secteurs, que ce soit au moyen de conseils de la magistrature ou d'autres mécanismes. Les mandats sont généralement plus longs, bien que la nomination à vie des juges de la cour suprême soit encore rare.

Des pays qui ont adopté un système de carrière permanente pour les niveaux ordinaires du système judiciaire n'offrent souvent à la cour suprême que des mandats renouvelables. Linn Hamnergren attribue cette différence à « la nature ouvertement politique des décisions de la cour et au désir de la maintenir plus en contact avec les valeurs changeantes ». ⁶⁸ Dans certains pays, comme l'Équateur, les postes vacants de la cour suprême sont pourvus par cooptation, c'est-à-dire que la cour elle-même choisit les nouveaux membres. Tout en protégeant le processus vis-à-vis des pouvoirs politiques du gouvernement, cette pratique pourrait perpétuer une mentalité de groupe conservatrice parce que les juges préfèrent choisir ceux qui partagent leurs opinions.

Au Salvador, lors des négociations pour mettre fin à la guerre civile, les parties prenantes – le gouvernement du Salvador et les guérilleros du Front Farabundo Martí de Libération Nationale – ont inclus le système de la justice parmi les sujets à l'ordre du jour des négociations. L'une des réalisations des accords salvadoriens fut un accord pour entreprendre des réformes constitutionnelles modifiant la formule utilisée pour élire les juges de la Cour suprême. Auparavant, ces juges étaient élus pour un mandat de cinq ans à la majorité simple du corps législatif immédiatement après l'élection du président. Les nouvelles dispositions constitutionnelles prévoient que les nominations des juges de la Cour suprême viennent du conseil de la magistrature nouvellement réformé en suivant le résultat d'élections tenues parmi les avocats en exercice. Au lieu d'un mandat de cinq ans pour l'ensemble de la Cour suprême, les juges ont maintenant des mandats de neuf ans échelonnés, bien qu'un nouveau président de la Cour suprême soit élu tous

⁶⁸ Linn Hamnergren, « The Judicial Career in Latin America: An Overview of Theory and Experience » [La carrière judiciaire en Amérique Latine, théorie et expérience pratique] (Banque mondiale, LCSPR, juin 1999) ; article non publié, dossiers de l'auteur et de l'IFES.

les trois ans par le corps législatif. Deux tiers des députés de l'Assemblée législative doivent être d'accord sur le choix de chaque juge.

Bien que le pouvoir judiciaire du Salvador ait été totalement discrédité pendant les années de guerre pour avoir manqué de façon abjecte de protéger les droits de l'homme, ce genre de changement constitutionnel de fond n'a été possible que grâce au processus de paix sous les auspices des Nations Unies. La première Cour suprême choisie selon la nouvelle formule (en 1994, plus de deux ans après la signature des accords de paix) a été choisie sur une base bien plus pluraliste en faisant plus attention aux qualifications professionnelles. Toutefois, plusieurs candidats hautement qualifiés ont été effectivement éliminés par un veto dans le cadre de la nouvelle formule de vote parce qu'ils étaient considérés comme étant trop proches d'un des grands partis politiques locaux. Choisir un candidat qui serait acceptable à un éventail suffisamment large de partis politiques semblait souvent être un facteur déterminant. Les cours suprêmes d'après guerre, tout en étant en butte à toute une série de critiques, ont prouvé qu'elles étaient bien plus indépendantes que leurs prédécesseurs, en annulant à l'occasion des lois ou des actes de l'exécutif comme contraires à la constitution.

Au Paraguay et en Bolivie, les conseils de la magistrature fournissent au corps législatif des listes de candidats pour être nommés à la Cour suprême.

Au Chili, selon Vargas et Duce, une nouvelle exigence selon laquelle au moins cinq sur les 21 membres de la Cour suprême doivent être choisis en dehors de la carrière judiciaire, n'a pas réussi à injecter de l'air frais dans le corps judiciaire. Ils notent que la réforme a été presque anéantie parce que la Cour suprême elle-même choisit les candidats et cherche ceux qui ont le plus d'affinité avec la cour existante. De grands cabinets d'avocats participent maintenant et

de façon routinière au choix des juges et maintiennent des relations étroites avec des juges ou des groupes de juges. En se fondant sur des listes de cinq candidats choisis par la Cour suprême, le ministère de la justice nomme les juges de la Cour suprême qui doivent ensuite être confirmés par le Sénat, à la majorité des deux tiers. Les juges de la Cour suprême du Chili sont nommés à des postes permanents, avec retraite obligatoire à l'âge de 75 ans.

Jusqu'en 1997, le pouvoir judiciaire de la République Dominicaine était dominé par des intérêts économiques puissants et les partis politiques. Le Sénat désignait les juges en répartissant simplement les postes selon les partis politiques et en choisissant les juges en fonction de leur loyauté envers le parti plutôt que de leurs compétences professionnelles. Après les élections frauduleuses de 1994 et la crise politique qui suivit, les négociations ont abouti à une réforme constitutionnelle qui incluait des principes de base pour la mise sur pied d'un système judiciaire indépendant. Comme au Salvador, l'opportunité politique fournie par des réformes constitutionnelles de fond a ouvert la voie à des progrès importants vers la réalisation de l'indépendance judiciaire, y compris la création d'un Conseil de la magistrature pour nommer les juges de la Cour suprême.

En République Dominicaine, le Conseil de la magistrature a la charge de trier et de nommer les juges de la Cour suprême. Lors de la première procédure de sélection par le conseil, en 1997, le président (qui préside également le conseil) était le seul membre de son parti à y siéger.⁶⁹ À cause de son statut minoritaire, il a élargi le processus et

⁶⁹ Les sept membres du conseil de la magistrature nationale sont le président, qui préside le conseil, le président du Sénat et un autre sénateur appartenant à un parti d'opposition, le président de la Chambre des députés et un autre député appartenant à un parti politique différent, le président de la Cour suprême et un autre juge choisi par toute la Cour.

cherché l'appui de la société civile. La législation de mise en œuvre relative au conseil stipulait que toute personne ou institution pouvait proposer des candidats aux postes à la Cour suprême et autorisait le conseil à procéder à l'évaluation des candidats, notamment en audience publique. La première procédure de sélection tenue par le Conseil de la magistrature fut marquée par une large participation de citoyens qui présentaient ou s'opposaient à des candidats interrogés en séance publique. Selon les experts de la République Dominicaine qui ont participé à cette étude, « la participation active de la société civile, proposant et s'opposant à des candidats, et la diffusion télévisée sans précédent dans tout le pays de l'évaluation et de la sélection finale ont abouti à une sélection qui, sans être totalement exempte d'influences politiques, fut assez bonne ». Cependant, vu la composition hautement politisée du conseil, rien ne garantit que la prochaine procédure de sélection sera aussi transparente.

En Argentine, malgré des réformes du système de sélection des autres juges, les juges de la Cour suprême sont encore proposés par le pouvoir exécutif au Sénat qui doit approuver leur nomination. Sous la présidence de Carlos Menem, le nombre de juges de la Cour suprême a augmenté et la majorité de ses membres avait des liens étroits avec le gouvernement. En fait, il y avait une « majorité automatique » prête à valider toutes les décisions de l'exécutif.⁷⁰ Les partenaires de l'ancien cabinet d'avocats du président, des amis personnels et même l'ancien ministre de la justice furent nommés juges de la Cour suprême. Ainsi, on pouvait toujours compter sur la Cour pour valider des actions controversées de l'exécutif.

Au Panama, le processus de sélection reste ouvertement politique : le président nomme

⁷⁰ Victor Abramovich, rapport sur l'indépendance judiciaire en Argentine, préparé pour cette étude, page 2

les juges de la Cour suprême qui doivent ensuite être confirmés par le corps législatif. Au Honduras, la critique d'un corps judiciaire fortement politisé a abouti à un amendement constitutionnel (ratifié en avril 2001) qui exige la création d'un comité de nomination élargi pour les juges de la Cour suprême et change leurs mandats de façon qu'ils ne coïncident plus avec le mandat présidentiel ni avec celui du congrès.

Au Guatemala, les organisations de la société civile ont cherché à rendre le processus de sélection plus transparent. Lorsque le Rapporteur spécial des Nations Unies sur l'indépendance des juges et des avocats a visité le Guatemala, en 1999, il soulignait qu'il était urgent d'améliorer la transparence du processus de sélection.⁷¹ Le Guatemala s'en remet à une commission de « postulation » qui comprend le recteur de l'université, les doyens des facultés de droit, des représentants des associations d'avocats et des membres du pouvoir judiciaire. Cette commission envoie une liste de 26 candidats au Congrès qui doit nommer les 13 magistrats de la Cour suprême. Une procédure semblable est utilisée pour les juges de cour d'appel. Fin 1999, après la visite du rapporteur spécial et une campagne de la société civile fixant des critères pour la sélection des juges, un processus de sélection de la Cour suprême fut lancé pour la première fois depuis les accords de paix de 1999 et exécuté avec un degré bien plus élevé de transparence et d'attention aux qualifications professionnelles.⁷² Le Guatemala limite encore les mandats de tous les juges, y compris ceux de la Cour

suprême à cinq ans.⁷³ Le Rapporteur spécial des Nations Unies a conclu que des mandats de cinq ans sont trop courts pour fournir aux juges de la Cour suprême et aux autres juges la sécurité du poste nécessaire et a recommandé d'étendre le mandat à 10 ans.

Comme ces exemples le montrent, les pays d'Amérique Latine ont essayé, avec diverses formules, de créer des systèmes plus transparents pour la nomination et la confirmation des juges de la Cour suprême. Dans de nombreux cas, les experts nationaux consultés ont le sentiment que ces réformes ont amélioré la transparence du processus, amélioré la qualité de la Cour et étendu le pluralisme politique dans le processus de sélection. Impressionnés par l'expérience récente de la République Dominicaine, certains ont plaidé en faveur d'une procédure d'évaluation publique semblable, suivie par une sélection immédiate pour diminuer l'influence politique et autres influences extérieures. Comme les cours suprêmes sont intrinsèquement politiques, un processus de sélection objectif, fondé exclusivement sur le mérite n'est généralement ni faisable ni souhaitable. Quoi qu'il en soit, il importe que les critères politiques et professionnels soient discutés ouvertement et publiquement et que la nomination s'accompagne d'une prise de responsabilité politique claire. Quel que soit le modèle particulier adopté, les méthodes de sélection doivent être transparentes et reposer sur des critères objectifs, en offrant à la profession juridique et à la société civile en général l'occasion d'apporter leurs contributions et commentaires.

⁷¹ Voir le rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur l'indépendance des juges et des avocats, note 7, paragraphes 61-63.

⁷² Voir Gabriela Judith Vásquez Smerilli, *Independencia y Carrera Judicial en Guatemala [Indépendance et carrière judiciaire au Guatemala]*, Idées et documents pour la démocratisation du système de justice (Guatemala : Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales, 2000), pages 43-46.

⁷³ Un amendement constitutionnel qui aurait étendu la durée du mandat à sept ans était inclus dans le paquet de réformes constitutionnelles proposé en 1999 ; toutes ces réformes ont été rejetées lors du référendum de mai 1999.

b. *Les juges des tribunaux d'instances inférieures : procédures de sélection et postes titularisés*

En Amérique Latine, traditionnellement, le législatif, l'exécutif ou les cours d'instances supérieures nommaient les juges des tribunaux d'instances inférieures sur un fondement largement politique. Au Paraguay, par exemple, l'exécutif nommait les juges pour des mandats de cinq ans qui coïncidaient avec l'élection présidentielle. Les nominations et les promotions dépendaient entièrement de l'exécutif. Même les réformes visant à créer un système moins vulnérable aux manipulations politiques perpétuaient souvent les mêmes problèmes, parfois au moyen de règles informelles qui répartissaient les postes de juges entre les partis ou factions ou donnaient aux ministères de la justice ou aux autres autorités chargées des nominations (par exemple, le Conseil de la magistrature au Venezuela) le droit de nommer un certain nombre de juges de niveau subalterne. Pour s'éloigner de ces pratiques arbitraires, les pays ont établi des structures de carrières judiciaires dans lesquelles les juges sont censés entrer suite à une procédure de concours fondée sur le mérite, souvent directement à la sortie de la faculté de droit, et progresser, étape par étape, en se fondant sur l'ancienneté et les relations avec leurs supérieurs. Le défaut inhérent à ce système est qu'en développant une forte identité de corps, il engendre un état d'insularité et limite l'indépendance des juges des tribunaux d'instance inférieure, dont les chances de promotion dépendent de leurs supérieurs.

Les experts nationaux qui ont contribué à cette étude ont souligné à plusieurs reprises les problèmes pour l'indépendance judiciaire créés par le contrôle hiérarchique exercé par les juges de la cour suprême sur les juges d'instances inférieures. Avec des juges qui sont redevables à leurs supérieurs dans la hiérarchie judiciaire et qui, souvent, les craignent, on ne peut obtenir de véritable indépendance judiciaire. Ceci signifie

s'éloigner de la conception d'un pouvoir judiciaire qui serait délégué par les juges de la cour suprême à leurs collègues des échelons judiciaires inférieurs. Comme les experts chiliens le soulignaient, quelques efforts de réforme auraient pu involontairement renforcer ces structures verticales en concentrant plus encore l'autorité disciplinaire et administrative entre les mains de la Cour suprême.

Les récentes réformes dans toute la région ont cherché à établir ou à réformer les lois relatives à la carrière judiciaire pour créer des systèmes de sélection plus transparents et fondés sur le mérite. Dans de nombreux pays, les candidats aux postes de juge sont maintenant recrutés et triés par une sorte de comité ou de conseil de la magistrature. La transparence du processus de sélection et la participation de différents secteurs sont plus importantes que la question de savoir quelle entité a le pouvoir de nomination.

Les procédures de sélection judiciaire. Les efforts faits dans toute la région pour s'éloigner d'une sélection judiciaire qui dépendait des contacts politiques et des « relations » sont encore une tâche en cours. Cependant, comme on l'a vu plus haut, les experts participant à cette étude ont fait état d'améliorations importantes pour le choix des juges selon les nouvelles procédures dans plusieurs pays, dont le Chili, le Salvador et le Guatemala. Les conseils de la magistrature créés en Argentine et en Bolivie ont progressé lentement pour pourvoir les postes vacants. D'autres pays, dont le Panama et le Honduras, doivent encore entreprendre ou mettre en œuvre les réformes nécessaires pour produire des changements importants.

Programmes de formation pour les candidats au corps judiciaire, choix fondé sur le mérite et procédures transparentes. Au Chili, la réforme de 1994 a créé un système sophistiqué de sélection des juges. La procédure commence maintenant par une campagne de recrutement pour encourager les

candidatures aux postes vacants. Les candidats sont alors évalués par voie de concours en se fondant sur leur éducation générale, sur des tests de connaissances et sur leurs aptitudes ainsi que sur des tests psychologiques. Pour finir, ils sont examinés lors d'un entretien personnel. Ceux qui passent cette étape suivent alors un cours de formation de six mois à la nouvelle Académie judiciaire où les études sont également réparties entre séminaires et stages dans les tribunaux. Les étudiants reçoivent une bourse pour ce programme. L'étape finale est la sélection des nouveaux juges par le ministre de la justice. Ceux qui ont suivi les cours de l'Académie judiciaire ont la préférence par rapport aux concurrents extérieurs. Les diplômés de l'Académie ne sont pas obligés de postuler pour un poste de juge, mais s'ils ne le font pas, ils doivent rembourser le montant de leur bourse.

Selon Vargas et Duce, cette nouvelle procédure a été exécutée avec une transparence sans précédent et a produit des résultats très positifs. De bons candidats se sont présentés pour participer au processus de sélection et les candidats choisis semblent objectivement être les plus qualifiés. La formation qu'ils ont reçue dans les tribunaux est extrêmement pratique, mais avec suffisamment de temps pour la réflexion. Des magistrats et des universitaires distingués ont offert leurs services pour le processus de la formation. La grande majorité des diplômés de l'académie sont entrés dans la carrière judiciaire. Plus important encore, les anciens élèves affirment qu'ils se sentent plus indépendants, parce qu'ils comprennent que la sélection était fondée sur leurs propres mérites, par une procédure de compétition, et sur leurs amis ou contacts.⁷⁴

Une procédure quelque peu semblable est appliquée au Guatemala, fondée sur la loi relative à la carrière judiciaire de 1999 qui exige que l'unité de formation institutionnelle du pouvoir judiciaire évalue

les candidats avec des tests et des entretiens personnels. Ceux qui se classent au rang le plus élevé peuvent suivre un cours de six mois. Lorsque le candidat réussit à ce cours, il se qualifie pour être nommé par la Cour suprême à un poste dans le corps judiciaire.

La nouvelle loi relative à la carrière judiciaire de la République Dominicaine exige que les aspirants suivent avec succès des programmes de formation théorique et pratique à l'École nationale judiciaire. Ceux qui n'ont pas suivi la totalité de la formation requise ne peuvent être nommés juges que provisoirement. En novembre 2000, après un retard considérable, la Cour suprême a promulgué les réglementations exigées et en avril 2001, 454 juges ont prêté le serment d'entrée dans la carrière judiciaire, après avoir reçu toute la formation requise et passé l'évaluation.

La nomination des candidats par des conseils de la magistrature indépendants. Dans certains pays, les conseils de la magistrature qui ne sont pas des organes subsidiaires de la Cour suprême ont la charge de nommer les candidats aux postes de juges dans les tribunaux d'instances inférieures. En Argentine et en Bolivie, les conseils ont introduit des procédures de recrutement et de triage fondées sur le mérite. Cependant, les critiques se plaignent qu'à ce jour, les procédures ont pris trop de temps, laissant beaucoup de postes encore vacants dans les tribunaux.

Le Conseil fédéral de la magistrature argentin aide à la nomination et à la révocation des juges fédéraux, en préparant des listes de trois candidats pour pourvoir les postes de juges de tribunaux d'instances inférieures. Il choisit les nouveaux juges par des concours publics, avec des jurys réunis pour examiner les candidats aux divers postes, puis envoie des listes de trois candidats au conseil réuni en séance plénière. Les jurys sont composés d'un juge, d'un avocat et d'un professeur de droit, qui appartiennent tous à une juridiction

⁷⁴ Vargas et Duce, page 8.

différente de celle du poste à pourvoir. Ce comité de sélection évalue la formation générale des candidats et établit un rapport sur les résultats de l'entretien personnel et de l'examen écrit. Le conseil réuni en séance plénière peut revoir ces données écrites et évaluer les finalistes en séance publique pour réaffirmer leurs aptitudes, leur convenance et leur vocation démocratique. Toute modification des résolutions du comité de sélection doit être dûment expliquée et publiée. La séance plénière doit prendre ses décisions à la majorité des deux tiers des membres présents et les décisions sont sans appel. Les nominations judiciaires sont pour une durée illimitée et ne sont soumises qu'à une exigence de « bonne conduite ». Les noms des candidats doivent être rendus publics de façon à ce que toute objection à une candidature puisse être entendue. « Le défi pour le nouveau système de nomination est non seulement qu'il soit moins politisé et plus indépendant mais encore plus rapide et plus efficace que l'ancien système, afin d'éviter que les postes des tribunaux ne restent vacants pendant longtemps. »⁷⁵ Quand le conseil a commencé à fonctionner, 41 tribunaux fédéraux n'avaient pas de juges et ce nombre a plus que doublé par la suite. Face à ce nombre croissant de postes vacants, le gouvernement envisage de proposer une loi qui autoriserait des nominations temporaires.

En Bolivie, il a fallu plus de deux ans après la création du conseil pour pourvoir les postes vacants de la Cour suprême et affecter plus de 200 postes vacants ou dont le mandat avait expiré.⁷⁶ En août 2000, 50 pour cent seulement de tous les juges avaient été nommés dans le cadre des nouvelles dispositions.⁷⁷

⁷⁵ Victor Abramovich, page 8.

⁷⁶ Voir Linn Hammergren, « La carrière judiciaire en Amérique Latine », page 10.

⁷⁷ Eduardo Rodriguez Veltze, rapport sur l'indépendance judiciaire en Bolivie, préparé pour cette étude.

Au Salvador, lorsqu'un poste judiciaire est vacant, la Cour suprême demande au conseil de fournir une liste de trois candidats qualifiés pour la nomination. Le conseil a une Unité technique de sélection (UTS) qui maintient un registre d'avocats éligibles fondé sur des procédures annuelles de sélection, avec mise à jour continue. À partir de ce registre, l'UTS choisit les candidats les mieux qualifiés, en se fondant sur des facteurs tels que les qualifications universitaires, l'ancienneté, le classement par mérite, l'expérience, la vocation et l'aptitude, et transmet les noms à la cour. En pratique, le processus de sélection est resté déficient. Jusque récemment, la sélection des candidats était d'habitude soumise à des influences inappropriées, y compris une sélection préliminaire des candidats assortie de deux noms en guise de « remplissage » et la suppression d'informations négatives sur les candidats désirés. Les efforts faits pour améliorer la procédure ont été entravés par une communication limitée sur les critères de sélection entre la cour et le conseil. Selon Francisco Diaz, le conseil actuel aurait pris des mesures efficaces pour améliorer le processus de sélection.⁷⁸

Mesures de transition pour remplacer les juges nommés en fonction de considérations politiques. Une récente réforme constitutionnelle en République Dominicaine a confié l'autorité de nommer les juges à la Cour suprême (au lieu du Sénat). Cette réforme a abouti à une tentative de remplacer la plupart des quelques 500 juges du pays en l'espace d'environ un an. Les juges de la Cour suprême ont décidé de permettre à tous les juristes qui satisfaisaient aux exigences statutaires d'entrer dans cette compétition, y compris les juges en place, et de soumettre tous les candidats à une évaluation par toute la Cour suprême au cours de sessions ouvertes au public. Ce système et la réalité selon laquelle il y avait plus de 3.000 candidats se sont traduits par une évaluation plutôt superficielle qui consistait à poser à

⁷⁸ Voir Diaz et Urquilla, pages 6-7.

chaque candidat trois ou quatre questions. Vu le besoin de remplacer tout le corps judiciaire en un temps relativement court et en l'absence d'un système établi pour examiner les futurs juges, cette forme minimale d'évaluation semble avoir été raisonnable eu égard aux conditions du moment.

Lois relatives à la carrière judiciaire susceptibles d'être manipulées en pratique. L'existence de lois qui établissent des procédures de sélection pour les juges peut ne pas refléter la réalité de la sélection. Au Honduras, bien qu'une loi relative à la carrière judiciaire soit en vigueur, les nominations et les transferts judiciaires dépendent habituellement de facteurs politiques ou arbitraires. L'ancien président de la Cour suprême, auquel toute la cour avait délégué ses pouvoirs, nommait, transférait et révoquait les juges en tenant compte de leur appartenance politique et de la proportion de pouvoir acquise par les différents partis politiques lors des élections présidentielles. Bien que les juges aient été nommés pour une période indéterminée, en pratique, ils restaient en fonction aussi longtemps que le président ou tel juge de la Cour suprême décidaient qu'ils resteraient en place.⁷⁹ Jesús Martínez estime que cette pratique n'a pas de chances de changer jusqu'à ce que les nouveaux mécanismes de sélection des juges de la Cour suprême entrent en vigueur, probablement en 2002.

Au Panama, les juges sont nommés par leur supérieur immédiat dans la hiérarchie judiciaire. C'est ainsi que les juges de la Cour suprême nomment les juges de district, qui nomment les juges d'instance qui nomment les juges de paix. Bien que les candidats soient sélectionnés par voie de concours, les organismes chargés de la nomination reçoivent toute une liste et n'ont aucune obligation de choisir les plus qualifiés, ce qui ouvre la voie à un processus

⁷⁹ Jesús Martínez, rapport sur l'indépendance judiciaire au Honduras, préparé pour cette étude, page 6.

de sélection arbitraire. Selon Jorge Molina, il en résulte qu'au Panama, « le candidat choisi doit afficher et affiche une soumission absolue et perpétuelle à la ou les personnes qui l'ont choisi ».⁸⁰

Au Costa Rica, les juges sont sélectionnés par voie de concours. Cependant, comme au Panama, rien n'exige que le candidat qui a le classement le plus élevé soit effectivement choisi. De plus, la Cour suprême peut agrandir la liste qu'elle reçoit du Conseil de la magistrature de trois jusqu'à sept candidats, se réservant ainsi le droit d'élargir le choix.⁸¹ La Cour s'est également beaucoup appuyée sur des juges temporaires, contournant ainsi les exigences statutaires et ruinant ainsi la notion de stabilité du poste. En 1999, on pense que plus de 50 pour cent des juges étaient nommés à titre temporaire.⁸²

Titularisation. Alors que dans de nombreux pays les juges de la cour suprême ont un mandat à durée déterminée, d'autres juges peuvent être nommés pour un mandat indéterminé qui devrait garantir la sécurité du poste dans le cadre de la carrière judiciaire. La réalité est souvent quelque peu différente parce que les tribunaux d'instances plus élevées exercent un contrôle disciplinaire total qui peut être exercé pour des raisons politiques ou arbitraires. Au Paraguay, les juges doivent être confirmés à deux reprises après des mandats de cinq ans avant d'être titularisés. La constitution paraguayenne prévoit que les

⁸⁰ Jorge Molina Mendoza, rapport sur l'indépendance judiciaire au Panama, préparé pour cette étude, page 3.

⁸¹ Voir Fernando Cruz Castro, rapport sur l'indépendance judiciaire au Costa Rica, préparé pour cette étude.

⁸² Francisco Javier Dall'Anese Ruiz, « Résumé sur l'indépendance judiciaire en Amérique centrale », extrait de Praticia Frances Baima, éditeurs, *Livre blanc sur l'indépendance du pouvoir judiciaire et le renforcement de l'administration de la justice en Amérique centrale*, (San José, Costa Rica 2000) page 27 (en espagnol)

juges ne peuvent pas perdre leur place, être transférés ou révoqués pendant la période de leur mandat ; même les promotions requièrent leur accord. En revanche, la Constitution du Guatemala prévoit que les juges ne peuvent être nommés que pour des mandats de cinq ans, qui dans certains cas peuvent être renouvelés.⁸³ Les pays d'Amérique Latine qui offrent la titularisation imposent d'habitude une retraite obligatoire à un certain âge. Par exemple, en République Dominicaine, la nouvelle loi relative à la carrière judiciaire prévoit la titularisation des juges⁸⁴, mais les juges de paix doivent prendre leur retraite à 60 ans, les juges de première instance à 65 ans, les juges d'appel à 70 ans et les juges de la Cour suprême à 75 ans.

S'éloigner des nominations de courte durée qui coïncident avec les élections présidentielles et parlementaires est clairement souhaitable. Si les procédures de sélection se sont suffisamment améliorées, l'octroi d'un poste titularisé permanent peut convenir. Dans tous les cas, des mandats de plus longue durée pendant lesquels les juges jouissent de la sécurité de leur poste et ne peuvent être transférés ou promus sans leur consentement, sont des éléments clés pour améliorer l'indépendance judiciaire.

Conclusions et recommandations. Bien sûr, des systèmes de sélection réputés objectifs et fondés sur le mérite peuvent être soumis à des manipulations. Certaines des qualifications les plus saillantes (par exemple l'intégrité, le dévouement et le désir de travailler dur) ne sont pas facilement mesurables et les opportunités

⁸³ Constitution de la République du Guatemala, article 208.

⁸⁴ Après une tentative, en 1998, de limiter l'interprétation des garanties de titularisation dans la nouvelle loi relative à la carrière judiciaire, la Cour suprême de la République Dominicaine a confirmé le principe au sens large de la sécurité du poste, « renforçant la titularisation permanente comme un des principes de base de l'indépendance judiciaire. » Pratts, Alvarez et Olivares, page 3.

d'user d'influence abondent encore. Les critiques affirment que le fait d'exiger de l'organisme de nomination de choisir des juges en se fondant sur des listes de candidats choisis par un autre organisme, pousse les candidats à un poste de juge à gagner les faveurs et promettre d'être loyaux envers ceux qui sont chargés d'établir les listes et de prendre la décision finale, surtout dans les cas où les nominations se font pour une durée limitée et qu'un renouvellement de la nomination est nécessaire.⁸⁵ Augmenter la sécurité du poste peut réduire la tendance des juges de se sentir obligés de rester loyaux envers ceux qui les ont choisis. Les critiques recommandent simplement de nommer le candidat qui aura reçu le nombre de points le plus élevé dans une sélection fondée sur le mérite.

Dans tous les cas, un processus transparent, au sein duquel les secteurs intéressés ont l'opportunité d'examiner et de commenter les qualifications des candidats, augmentera la probabilité qu'il soit tenu compte des qualifications professionnelles. Des programmes de formation obligatoires et bien conçus peuvent être des outils utiles, bien que leur coût puisse être prohibitif. Il importe de se souvenir que des méthodes de sélection judiciaire théoriquement améliorées ne fonctionnent pas toujours de façon optimale en pratique, parce qu'elles dépendent dans une large mesure de la volonté de l'organisme de nomination d'abandonner les considérations purement politiques et la promotion des « amis ». Tout en progressant vers un processus objectif et fondé sur le mérite qui sera probablement une amélioration par rapport au système arbitraire ou politisé qu'il cherche à remplacer, les résultats des premières réformes doivent être suivis de près et de plus grands efforts seront nécessaires pour partager les expériences avec différents modèles dans ce domaine, tant dans la région qu'ailleurs.

⁸⁵ Voir, Dall'Anese Ruiz par exemple, « Resumen sobre la Independencia Judicial Centroamericana », dans le *Livre blanc*, page 26.

Les bailleurs de fonds devraient encourager des études systématiques et approfondies de l'efficacité, l'efficience et l'impact des nouvelles méthodes de sélection judiciaire et des carrières judiciaires en général. Des études nationales et régionales seront nécessaires pour mieux comprendre comment certains modèles spécifiques de carrière judiciaire fonctionnent, quels sont leurs défauts et vulnérabilités et s'il y existe des mesures permettant de les surmonter. Des études comparées pourraient également explorer différents modèles pour séparer les responsabilités administratives pour le judiciaire du rôle juridictionnel, afin de permettre aux tribunaux d'instances élevées de se consacrer à leurs devoirs judiciaires et augmenter l'indépendance interne du pouvoir judiciaire.

3. *Évaluations, promotions, transferts et discipline*

Les évaluations judiciaires peuvent être faites par la Cour suprême ou ses délégués, par le supérieur hiérarchique direct du juge ou par un organisme indépendant tel qu'un conseil de la magistrature. Les évaluations peuvent être conçues pour suivre la performance à des fins disciplinaires ou en tant qu'élément pris en compte pour les promotions. Elles peuvent également être utilisées, mais ne le sont que rarement, pour détecter des faiblesses, améliorer la performance et fournir des incitations. Par exemple, la Cour suprême de la République Dominicaine a commencé à maintenir des informations statistiques sur les tribunaux afin de concevoir des stratégies visant à améliorer l'efficience des tribunaux et évaluer les juges. Les experts dominicains suggèrent qu'il soit tout aussi important de revoir le nombre de décisions infirmées par des tribunaux d'instance plus élevée et les raisons de ces infirmations.

Dans la plupart des pays qui cherchent à évaluer la performance judiciaire, on ne tient compte que de facteurs quantitatifs. On ignore si les évaluations qualitatives sont faisables ou même souhaitables. Le

consensus reste limité quant à savoir comment les juges doivent être évalués et par qui. De nombreux pays n'ont pas de système d'évaluation systématique. Réflétant leur rôle et des mécanismes de sélection plus politiques, les cours suprêmes ne sont pas incluses dans les systèmes d'évaluation et ont des mécanismes disciplinaires séparés.

L'assistance internationale peut être utile pour le développement ou l'amélioration des systèmes de suivi et d'évaluation de la performance judiciaire et des systèmes disciplinaires. Des discussions visant à clarifier le but des évaluations – par exemple, pour identifier des problèmes et aider à déterminer un ordre de priorités pour la formation ou pour contribuer aux décisions relatives aux promotions et à la discipline – peuvent être utiles pour déterminer le type de suivi et d'évaluation nécessaire. Il faut également avoir soin de déterminer qui fera les évaluations et sous quelle tutelle.

a. *Promotions*

Les nombreux problèmes qui ont affecté les processus de nomination des juges d'instances inférieures ont également compromis les processus de promotion ; aussi, plusieurs réformes introduites dans le processus de sélection s'appliquent également, ou devraient s'appliquer, au processus de promotion. Un défaut commun a été l'absence de notification des opportunités de promotion aux juges en place. Certains pays ont cherché à remédier à cette situation. Au Guatemala, par exemple, de nouveaux règlements exigent que le conseil (a) fasse circuler un bulletin annonçant aux juges les postes ouverts, (b) évalue les accomplissements professionnels et la conduite de ceux qui s'intéressent à une promotion, et (c) détermine s'ils sont éligibles pour un niveau ou une catégorie différente. En République Dominicaine, lorsqu'un poste devient vacant, les juges du niveau immédiatement inférieur sont invités à entrer en compétition pour le poste vacant.

Ce n'est que lorsque aucun juge n'a été choisi que la Cour suprême demande aux juristes qui satisfont aux exigences juridiques de présenter leur candidature.

b. Mécanismes disciplinaires et garantie de procédure en bonne et due forme

La discipline judiciaire est habituellement traitée par une institution différente des évaluations routinières, bien que, dans certains pays, l'évaluation puisse servir de fondement à la discipline. Les décisions pour révoquer les juges sont généralement prises par l'organe responsable des nominations, alors que des formes moins définitives de discipline peuvent être imposées par un organisme différent.

De nombreux mécanismes disciplinaires vont à l'encontre du droit des juges à une procédure en bonne et due forme ou gênent leur indépendance.⁸⁶ Les systèmes disciplinaires ont souvent été utilisés pour des raisons politiques ou pour punir des juges qui prenaient des décisions contraires aux vues de leurs supérieurs dans la hiérarchie judiciaire. Des transferts involontaires, souvent dans les zones éloignées du pays, ou même des promotions sans consentement peuvent être une forme de discipline ou de maintien du contrôle de la hiérarchie.

Au Guatemala, pour améliorer la protection de procédures en bonne et due forme, la nouvelle loi relative à la carrière judiciaire a établi que la Junte de la discipline judiciaire (sous l'autorité de la Cour suprême) serait chargée des actions disciplinaires sauf pour

⁸⁶ Par exemple, le Président de la Cour constitutionnelle du Guatemala a informé le Rapporteur spécial des Nations Unies que, sur 35 demandes d'*amparo* (protection) adressées par des juges depuis 1986, 19 avaient été accordées parce que la cour avait trouvé que ces juges avaient été privés de l'opportunité de se défendre (rapport Coomaraswamy, paragraphe 99).

la révocation des juges. Les infractions qui peuvent mener à une action disciplinaire sont maintenant définies dans la loi. La décision initiale de la Junte devra être fondée sur une audience à laquelle le représentant du juge peut être présent, ainsi que le plaignant, des témoins et des experts. La décision peut faire l'objet d'un appel auprès du Conseil de la magistrature.

En Bolivie, la responsabilité pour la supervision et la discipline judiciaire est maintenant confiée à un Conseil de la magistrature indépendant, qui ne garantit pas de procédure en bonne et due forme aux juges accusés de méfaits. Selon le juge de la Cour suprême Eduardo Rodriguez, le conseil n'a pas correctement fait la distinction entre les procédures disciplinaires et les procédures pénales. Sans un système leur permettant de résoudre rapidement et efficacement des plaintes contre eux, les juges se découragent et décident parfois de quitter leur poste plutôt que de se défendre dans de longues procédures disciplinaires qui pourraient avoir un effet néfaste sur leur statut professionnel. Les juges, et en particulier ceux des tribunaux de district, ont exprimé leur préoccupation au sujet de pressions de la part du conseil, à cause soit de plaintes largement sans fondement de la part de plaignants mécontents, soit d'excès dans le contrôle disciplinaire qui tend à envahir la juridiction du juge.

En République Dominicaine, l'empressement de la Cour suprême en matière disciplinaire et l'absence de réglementation des inspections judiciaires ont abouti à des suspensions automatiques de juges accusés de corruption – sans garanties de procédure en bonne et due forme, ce qui a provoqué des craintes quant à l'équilibre entre la discipline et l'indépendance. En fait, les experts dominicains du secteur des ONGs font remarquer que de nombreuses sanctions semblent être basées sur des critères idéologiques avec des juges sanctionnés qui reçoivent une décharge provisoire sur gage

ou acte d'habeas corpus.⁸⁷ Une mesure positive qui a été adoptée est que les transferts et promotions requièrent maintenant le consentement du juge afin d'éviter l'ancienne pratique consistant à transférer les juges dans une province éloignée en guise de punition.

c. Quel organisme est-il chargé de l'évaluation et de la discipline judiciaires ?

Au Paraguay, la constitution prévoit pour les procédures disciplinaires judiciaires un jury composé de deux juges de la Cour suprême, deux membres du Conseil de la magistrature, deux sénateurs et deux députés qui doivent être des avocats. Cet organisme récemment constitué a déjà reçu un nombre substantiel de plaintes qui ont abouti à la révocation de juges condamnés pour avoir participé à des actes de corruption ou à des délits ou accusés de mauvaise performance dans l'exercice de leur fonction.

Au Salvador, les réformes ont cherché à enlever de la Cour suprême la responsabilité d'évaluer les juges. Dans le système actuel, le Conseil de la magistrature procède à des évaluations périodiques de la façon dont les juges administrent leurs tribunaux, notamment le respect des limites de temps, et peut recommander la suspension ou la révocation de juges dont la performance ne serait pas satisfaisante. La Cour suprême garde le droit d'imposer la discipline, en se fiant à son Unité d'investigation judiciaire, qui n'applique pas nécessairement les mêmes critères que le conseil. Ce système qui se chevauche quelque peu a abouti à un manque d'efficacité et a été l'objet de critiques importantes. En vue d'établir plus de transparence, la version la plus récente de la loi relative au conseil de la magistrature exige que les évaluations soient rendues publiques.

En Argentine, au cours de sa première année (1999-2000), le nouveau Conseil de la

⁸⁷ Prats, Alvarez et Olivares, page 16.

magistrature a lancé des procédures de mise en accusation devant le corps législatif (« impeachment ») qui ont abouti à la révocation de deux juges, la démission d'un autre juge pendant la procédure et à la réintégration d'un quatrième juge parce que l'accusation ne pouvait pas être confirmée. En août 2000, 77 cas faisaient encore l'objet d'enquêtes, dont 12 considérés comme extrêmement importants, et 108 avaient été annulés à la suite d'enquêtes préliminaires.⁸⁸ Bien que le conseil soit encore dans sa période de formation, il a été critiqué comme progressant lentement et parce que certains de ses membres ne sont pas considérés comme étant suffisamment indépendants. Deux des sénateurs qui siègent au conseil font eux-mêmes l'objet d'enquêtes pour implication dans un scandale de corruption. Les membres du conseil sont enclins à protéger les juges loyaux envers le précédent gouvernement et, d'une façon générale, peu a été fait pour nettoyer le corps judiciaire.⁸⁹

Le Chili a récemment réformé son système d'évaluation des juges et employés du pouvoir judiciaire et a développé un système qui semble aborder de nombreuses questions clés. Auparavant, la Cour suprême s'était réservée le droit d'évaluer tous les juges, ce qui accentuait son contrôle sur l'ensemble du système judiciaire. La réforme a établi que l'évaluation serait faite par le supérieur immédiat du juge, en tant que personne connaissant le mieux les actions du juge. Les critères de l'évaluation ont été spécifiés et un dossier ouvert pour chaque juge de façon à ce que ses données personnelles puissent être considérées lors de l'évaluation annuelle. Les opinions de ceux qui utilisent le système sont maintenant prises en considération au moyen de mécanismes leur permettant de contacter l'organisme d'évaluation de façon convenable. L'ancien système ne faisait pas de distinction effective entre les juges ; plus de 95 pour

⁸⁸ V. Abramovitch, page 7

⁸⁹ Information supplémentaire de V. Abramovitch, le 13 octobre 2000.

cent d'entre eux recevaient des notes élevées. En revanche, il servait à punir certains juges par un système plus expéditif mais avec moins de garanties que le système disciplinaire. Outre l'augmentation du nombre de classements et des différents aspects à évaluer, les juges sont maintenant informés des différents classements, des raisons de ces classements et des aspects qui, aux yeux des évaluateurs, doivent être améliorés. La réforme prévoit également un nouveau droit d'interjeter appel des observations des évaluateurs. Pour donner plus d'importance aux évaluations, un lien direct a été établi entre les évaluations et les promotions. Ainsi, un juge avec une meilleure évaluation est préféré à un juge dont l'évaluation est moins favorable.

Malgré toutes ces réformes bien intentionnées, le système d'évaluation reste arbitraire. Les problèmes du système ont engendré un mouvement croissant en faveur de la suppression de l'évaluation des juges. D'une part, les partisans de l'abolition des évaluations affirment que le rôle du judiciaire n'est pas du type qui se prête à une évaluation objective. Une objection plus grave est que tout système d'évaluation empiète inévitablement sur l'indépendance judiciaire. Selon cette opinion, les évaluations n'ont d'autre but que de récompenser ceux qui s'identifient avec la culture de l'organisation et de remettre dans le droit chemin ceux qui ne sont pas alignés.⁹⁰

L'assistance devrait se concentrer sur le fait d'aider les systèmes disciplinaires à devenir plus efficaces, équitables et transparents.⁹¹ Une mesure clé serait de retirer le traitement des plaintes et de la discipline (mais pas forcément les évaluations) des mains des supérieurs hiérarchiques immédiats. Un bureau opérationnellement indépendant devrait s'occuper de ces questions, qu'il soit localisé au sein du pouvoir judiciaire, du conseil de la magistrature ou ailleurs.

⁹⁰ Vargas et Duce, page 11.

⁹¹ Voir L. Hammergren, page 31.

L'éducation des citoyens doit inclure des informations sur la façon de porter plainte lorsqu'un juge manque à son devoir. Mais en même temps, des mesures doivent être prises pour que les juges soient protégés contre des actions frivoles ou non justifiées de la part de plaignants mécontents qui cherchent à utiliser le système disciplinaire comme une procédure d'appel alternative ou simplement pour se venger.

d. Les procédures disciplinaires de la Cour suprême

Les procédures disciplinaires contre des juges de la Cour suprême sont habituellement mises en oeuvre par la cour elle-même – ce qui soulève des questions quant à l'impartialité de l'organisme disciplinaire – ou par le corps législatif par les procédures de mise en accusation (« impeachment »).

Au Costa Rica, la Cour suprême enquête les méfaits présumés de ses membres. La suspension ou la révocation de la nomination d'un juge de la Cour suprême requiert un vote à la majorité des deux tiers des 22 membres de la cour. La Cour suprême ne peut révoquer directement un juge en place, mais peut transmettre ses observations à l'Assemblée législative. Comme le souligne Fernando Cruz, le fait que les juges d'un tribunal évaluent leurs propres membres ne contribue que peu à garantir la transparence, l'impartialité ou la responsabilité.

Comme son homologue du Costa Rica, la Cour suprême de la République Dominicaine juge ses propres membres lorsqu'ils sont accusés de méfaits. Les experts dominicains soulignent le besoin de créer un système plus impartial pour juger les juges de la Cour suprême, tout en évitant le risque de les soumettre à une persécution politique pour leurs actions.

Au Chili, le corps législatif détient le pouvoir de mettre en mouvement des « accusations constitutionnelles » ou

procédures d'impeachment contre des membres de la Cour suprême pour manquement grave à leur devoir. Depuis le retour de la démocratie, cinq procédures d'impeachment ont été lancées, dont une a abouti. Alors que ces cas ont suscité une discussion sur le besoin d'indépendance judiciaire, la quantité de plaintes suggère également que les procédures d'impeachment puissent constituer un recours pour des secteurs qui sont mécontents des décisions de la cour. La Cour suprême a récemment révoqué un juge très respecté de la Cour d'appel de Santiago pour pratiques corrompues.

4. *L'éthique professionnelle*

Les experts participant à cette étude ont souligné le besoin de trouver des moyens d'insuffler une éthique judiciaire et de la faire appliquer. De nombreux pays n'ont pas de code d'éthique, bien que ces codes soient actuellement à l'étude dans un certain nombre de pays. Plusieurs experts ont suggéré que les bailleurs de fonds encouragent la préparation de codes d'éthique pour le pouvoir judiciaire. Dans ce domaine, les États-Unis peuvent fournir un certain nombre d'exemples utiles. Les experts à la réunion du Guatemala ont suggéré qu'il soit très utile de donner une formation appropriée sur les questions d'éthique.

Dans certains pays, des organismes spéciaux ont été créés pour aborder la question d'infractions présumées à l'éthique professionnelle. Au Panama, une tentative d'établir un organisme spécial dans ce but hors du système judiciaire a été rejetée par la Cour suprême comme contraire à la constitution, considérant que ce serait une altération injustifiée du contrôle vertical par la hiérarchie supérieure des juges établie par la constitution. Ce conseil aurait réuni le président de la Cour suprême, les présidents des différentes chambres de la Cour suprême, le Procureur général, le conseiller juridique de l'État (*Procurador de la*

administración) et le président de l'association nationale des avocats.

Au Chili, où la corruption judiciaire aurait augmenté au cours des dernières années, et après la révocation d'un juge de la Cour suprême suite à des accusations de corruption, la Cour suprême a décidé de créer la Commission d'éthique pour le corps judiciaire, composée de cinq de ses membres. La commission a imposé des sanctions à des juges impliqués dans des affaires de corruption et a lancé une procédure qui a abouti à la révocation d'un juge très respecté de la Cour d'appel de Santiago. En se référant à ce cas, le président de la Cour suprême a affirmé de façon claire que les pratiques de corruption ne seraient pas tolérées dans le judiciaire. Il est encore trop tôt pour savoir si cette déclaration de zéro tolérance et la mesure prise par la Cour dans cette affaire aideront à limiter la corruption. La commission de l'éthique envisage également la création d'un code d'éthique judiciaire dont le rôle serait de clarifier le caractère inacceptable de certains comportements (allant d'inapproprié, non transparent jusqu'à réellement corrompu) qui ont été longtemps tolérés au sein du judiciaire. Vargas et Duce suggèrent que l'un des problèmes avec l'initiative anti-corruption de la Cour suprême soit qu'en n'incluant pas les juges des tribunaux d'instances inférieures, elle renforce le contrôle hiérarchique du judiciaire, même si la corruption frappe tous les niveaux du judiciaire.⁹²

Certains problèmes potentiels d'éthique peuvent être évités en améliorant la transparence et d'autres aspects du processus de sélection. En République Dominicaine, la nouvelle Cour suprême a fait un effort notable pour choisir des juges dont la carrière reflétait la droiture morale et professionnelle. La Cour a également affirmé clairement qu'elle ne tolérerait aucune conduite corrompue de la part des juges et autres personnels de leurs tribunaux.

⁹² Vargas et Duce, page 35.

Un système naissant mais efficace d'inspection judiciaire a permis de détecter et de sanctionner des cas occasionnels de corruption.

Exiger des décisions judiciaires explicitement motivées est un outil important pour éviter la corruption. Des décisions qui prouvent la corrélation nécessaire entre les faits, les arguments, le fondement juridique et la décision ont moins de chances d'être le résultat d'influences extérieures.

Le collaborateur argentin de cette étude suggère que le fait de savoir qui sont les juges de la Cour suprême et ce qu'ils pensent sur les questions importantes de la société contribuerait énormément à rendre les juges responsables de leurs décisions. Il notait le précédent positif de la couverture de la Cour suprême par la presse américaine, y compris des reportages relatifs à des décisions et à la composition de la cour (souvent en première page), des analyses de la signification des décisions de la Cour suprême et des statistiques sur la configuration de sa majorité après chaque session. Des ONGs très respectées devraient également être encouragées à suivre les actions du pouvoir judiciaire et des institutions qui lui sont rattachées (par exemple, les conseils de la magistrature).

Parmi d'autres outils potentiels, l'accès du public à l'information sur le pouvoir judiciaire, y compris les décisions judiciaires (avec des exceptions appropriées pour protéger les intérêts légitimes de la vie privée), les dépenses du système judiciaire, l'utilisation de son budget, les connaissances personnelles des juges, les informations statistiques, la divulgation assermentée des biens et revenus des juges (bien que la façon de le faire doive s'équilibrer avec les préoccupations relatives au risque plus élevé de kidnapping ou autre ciblage criminel des juges si une divulgation complète est exigée). Alors que certains experts d'Amérique Latine maintiennent que fouiller dans les finances et la vie privée d'un juge

empiète sur l'indépendance judiciaire, d'autres estiment que le système américain qui exige des juges de révéler tout leur état financier pour éviter des conflits d'intérêt ou même l'apparence d'un tel conflit, est une exigence nécessaire bien que peu agréable.

5. *La formation*

Un manque de formation adéquate rend les juges dépendants de leurs supérieurs alors qu'ils s'efforcent d'éviter de les voir infirmer leurs décisions. Une formation inadéquate produit l'insécurité, qui engendre à son tour la peur d'une critique publique dans les médias et limite la créativité.

Plusieurs experts ont souligné que la formation devrait être – mais est rarement – conçue de façon à changer les attitudes des juges. Cela signifie, pour une large part, enseigner aux juges l'importance de leur rôle dans la société.

Selon l'expert hondurien Jesús Martínez, « la formation la plus efficace pour développer une pensée indépendante dans l'esprit des juges serait une formation qui n'est pas strictement universitaire ou conçue pour renforcer les connaissances théoriques ou pratiques, bien que cela soit indispensable, mais une formation orientée vers le caractère, l'éthique et la conviction du rôle du juge et du pouvoir judiciaire dans la société. Ce type de programme doit précéder tout autre programme de formation destiné à augmenter la connaissance des lois et de leur application pratique, et avant d'assumer les responsabilités judiciaires.»⁹³

a. *La formation continue*

Au Chili, la nouvelle Académie judiciaire offre une formation continue pour les juges. Les ateliers sont organisés par diverses entités en vertu d'appels d'offres qui présentent la matière, la méthodologie, les matériaux et le niveau universitaire des instructeurs. La méthodologie doit être

⁹³ Jesús Martínez, pages 16-17.

active ; les cours magistraux ne sont pas acceptables. Les juges et les employés du pouvoir judiciaire sont encouragés à s'inscrire à ces ateliers et, pour être inscrit sur le tableau d'honneur annuel, un facteur clé pour déterminer une promotion, un juge doit avoir suivi au moins un de ces cours. Bien que l'académie ait reçu des évaluations positives, son influence reste limitée parce en raison du peu de liens entre les activités de formation et les politiques judiciaires.

En République Dominicaine, les programmes de formation de l'École nationale judiciaire ont renforcé l'indépendance judiciaire en donnant aux juges les outils nécessaires pour analyser les affaires en profondeur dans une perspective juridique et sociale et fournir un fondement pour leurs décisions. L'école judiciaire a cherché à établir des relations de coopération avec d'autres pays d'Amérique Latine. Selon les experts de la République Dominicaine, l'école devrait promouvoir les programmes de formation qui aident les juges à résoudre de nouvelles questions et à connaître suffisamment bien les principes de la loi et des droits de l'homme pour qu'ils puissent les appliquer dans toutes les affaires qui leur sont soumises. Comme le système d'éducation juridique est insuffisant, l'école doit également aider les juges à surmonter les lacunes de leur éducation.

Les experts qui ont participé à cette étude ont critiqué les programmes de formation dans un certain nombre de pays en raison de leur absence d'impact sur les pratiques judiciaires, souvent à cause de réformes qui devraient être mises en oeuvre pour créer les conditions dans lesquelles la matière du programme de formation pourrait être appliquée. Les effets des programmes de formation ont été limités par la rotation au sein du pouvoir judiciaire, par le fait que des réformes essentielles qui auraient changé les pratiques judiciaires n'ont pas été appliquées et par des attitudes solidement enracinées. Souvent, ceux qui ont reçu une formation ne peuvent profiter de ce qu'ils ont appris sans une restructuration institutionnelle, l'accès à

l'information, un équipement approprié, etc. Dans certains cas, les bailleurs de fonds n'ont pas maintenu leurs efforts de formation pour une durée suffisamment longue ou avec suffisamment de continuité pour avoir des résultats. Enfin, la qualité des écoles de formation judiciaire qui ont été établies dans la région varie considérablement.⁹⁴

Les experts étaient d'accord que la formation restait essentielle, mais qu'en général elle avait besoin d'être mieux conçue et focalisée, coordonnée de façon réaliste avec d'autres réformes et renforcée avec plus d'activités de suivi, de réformes de politique et d'incitations – et de possibilités – pour appliquer les leçons apprises dans la pratique.

De plus, la formation doit aborder de façon explicite le rôle des juges et l'éthique judiciaire. La réunion régionale du Guatemala a conclu que l'indépendance judiciaire devait devenir le pilier d'un plan de formation stratégique. Les participants ont souligné que la formation devait s'étendre à tout le personnel (pas seulement les juges) à tous les niveaux. La formation de ceux qui entrent dans la carrière judiciaire doit être conçue différemment de celle du personnel en place. Toutes les méthodes d'enseignement aux adultes doivent être utilisées : ateliers, séminaires, exercices pratiques, laboratoires et cliniques. Les formateurs doivent être rigoureusement sélectionnés et les programmes de formation soigneusement conçus sur le fondement de buts de formation réalistes.

b. L'enseignement des facultés de droit

Quelques-uns des experts participant à cette étude ont souligné qu'une formation

⁹⁴ Pour l'examen des complexités de la formation judiciaire, voir le Centro de Estudios de Justicia de las Americas (CEJA – Centre d'études de justice des Amériques) « Une crise de la formation judiciaire ? (en espagnol) » *Sistemas Judiciales, 1^{ère} année, N°1*.

professionnelle déficiente (dans les facultés de droit) était l'un des obstacles les plus sérieux à la création d'un corps judiciaire vraiment indépendant. Les facultés de droit doivent enseigner le rôle des juges aux étudiants. Dans son rapport sur le Guatemala, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur l'indépendance des juges et des avocats notait que « pour le bien-être à long terme d'un corps judiciaire indépendant et impartial » il est essentiel d'aborder la réforme de l'enseignement juridique universitaire et la formation des avocats.⁹⁵

L'enseignement juridique universitaire doit être tenu à jour et coordonné avec les efforts de réforme judiciaire. À mesure que les processus de transformation des pays s'accélèrent, de nombreuses universités ont du mal à suivre le rythme des réformes.

c. *Formation en droit international et diffusion des décisions internationales*

Les constitutions et la jurisprudence des pays d'Amérique Latine se fient de plus en plus aux instruments internationaux des droits de l'homme et aux décisions qui les interprètent. Par exemple, les tribunaux de l'Argentine et du Chili acceptent de plus en plus de se fonder sur la jurisprudence internationale, en particulier celle du système interaméricain. La Cour interaméricaine et la Commission interaméricaine des droits de l'homme ont publié un certain nombre de décisions qui clarifient les obligations des États membres en vue, entre autres, de faire des enquêtes sérieuses sur les violations des droits de l'homme, de poursuivre et punir les coupables et de dédommager les victimes. En se focalisant directement sur la question de l'indépendance judiciaire, tant la Commission interaméricaine que la Cour interaméricaine ont récemment publié des décisions ordonnant le dédommagement et la réintégration d'un juge de la Cour

⁹⁵ Rapport Coomaraswamy, paragraphe 153.

suprême du Pérou (dans le cadre d'une tentative de purge des autres branches du gouvernement pour surmonter la corruption) et de trois membres de la Cour constitutionnelle du Pérou (qui avaient jugé que la loi permettant à Alberto Fujimori d'être candidat aux élections présidentielles pour la troisième fois violait la constitution). La commission et la cour ont trouvé que leur révocation arbitraire violait leurs droits à être titulaires d'un poste permanent et à une procédure en bonne et due forme.⁹⁶ En novembre 2000, peu après le départ de Fujimori, les trois magistrats de la Cour constitutionnelle étaient réintégrés. Lors du gouvernement intérimaire du Pérou, le juge de la Cour suprême était réintégré, conformément à la recommandation de la Cour interaméricaine.⁹⁷

Les juges doivent être conscients des dispositions et de la pertinence des instruments internationaux des droits de l'homme, tant pour leurs propres décisions que pour garantir leur indépendance. Ceci exige une étude de la jurisprudence et des normes internationales pertinentes en matière de droits de l'homme et une formation sur la façon de les appliquer dans leurs décisions. L'introduction de ces normes dans la jurisprudence et la pratique du droit renforcerait les garanties de procédures en bonne et due forme et surtout la garantie d'avoir des juges indépendants et impartiaux. Les universités nationales et étrangères peuvent fournir ce genre de formation. Les ONGs des droits de l'homme qui ont de l'expérience dans l'application des procédures et instruments internationaux peuvent être une ressource de valeur dans ce domaine. Certains experts d'Amérique

⁹⁶ Voir, Commission interaméricaine des droits de l'homme, rapport N.48/00, dossier 11.166, Walter Humberto Vásquez Vejarano (Pérou), le 13 avril 2000 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C décisions et jugements N.71, Affaire du Tribunal constitutionnel, jugement du 31 janvier 2001

⁹⁷ Par résolution du *Consejo Transitorio de Poder Judicial* (Conseil temporaire du pouvoir judiciaire), adoptée le 1^{er} février 2001.

Latine ont précisé que les programmes de formation dans ce domaine devraient accorder la priorité aux juges travaillant en dehors des grands centres urbains. Les décisions clés prises par la Commission et la Cour interaméricaine des droits de l'homme devraient mieux être diffusées dans les pays, en particulier auprès des juges et des juristes. A l'heure actuelle, c'est souvent le pouvoir exécutif qui répond exclusivement à la Commission interaméricaine et ceci fait que même des résolutions importantes restent pratiquement inconnues des tribunaux nationaux. Des interprétations juridiques ou des réformes sont également nécessaires pour faciliter l'exécution des décisions du système interaméricain. Le judiciaire, la communauté juridique et la société civile dans son ensemble doivent également se familiariser avec les recommandations des commissions de vérité, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur l'indépendance des juges et des avocats et les autres organismes nationaux, régionaux et internationaux qui s'occupent des questions d'indépendance judiciaire dans leur propre pays. Des efforts systématiques de suivi peuvent encourager au respect des recommandations clés.

6. *Budgets, salaires et gestion des tribunaux*

Dans presque tous les pays étudiés, le budget et les salaires du pouvoir judiciaire ont substantiellement augmenté au cours des dernières années. Dans certains pays, la constitution garantit un pourcentage du budget national au pouvoir judiciaire, ce qui a renforcé son indépendance institutionnelle par rapport aux autres branches du gouvernement. Cependant, des budgets plus importants n'ont pas forcément entraîné un renforcement de l'indépendance ou de l'impartialité des juges.

a. *Responsabilités budgétaires et administratives*

Le budget de tout le système judiciaire de l'Argentine – fédéral et provincial – a

augmenté de plus de 50 pour cent au cours des six dernières années, sans aucun résultat positif visible. Les fonctionnaires du secteur de la justice suggèrent que réorganiser le système judiciaire afin de le rendre plus efficace soit plus important que d'augmenter le budget du système.⁹⁸ Au Chili, le président Patricio Aylwin s'est embarqué dans un plan de cinq ans pour doubler le budget judiciaire. Ce budget est passé de 45 millions de dollars en 1990 à 75 millions de dollars en 1997.⁹⁹ Cependant, ces augmentations ne se sont pas traduites par une productivité judiciaire accrue.

En Amérique centrale, la garantie d'un montant fixé du budget national, six pour cent pour le Costa Rica et le Salvador, est considérée comme une mesure clé qui a contribué à garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport aux autres branches du gouvernement. Les négociateurs de paix du Salvador ont introduit la réforme constitutionnelle qui prévoit que six pour cent du budget national seront attribués au pouvoir judiciaire, soit l'équivalent de 101.628.701 dollars pour l'année 2000. Au Guatemala, une proposition d'amendement qui aurait attribué six pour cent du budget au pouvoir judiciaire a été rejetée lors du référendum de mai 1999 avec les autres réformes constitutionnelles présentées. La constitution du Guatemala confie à la Cour suprême la tâche de formuler le budget judiciaire et affirme que deux pour cent au moins du budget devrait être alloué au pouvoir judiciaire. En réalité, en 1999, le pouvoir judiciaire se voyait allouer quatre pour cent du budget du pays.

⁹⁸ Le budget du système judiciaire fédéral de l'Argentine pour l'année 2000 est de 645.500.000 dollars, pourcentage voisin de 1,31 pour cent du budget total de la nation. Un montant supplémentaire de 147.700.000 dollars est alloué au Ministère public.

⁹⁹ En pourcentage du budget national, la part du judiciaire a augmenté de 0,59 pour cent en 1990 à 0,83 pour cent en 1997.

Au Panama, la constitution garantit que le budget du pouvoir judiciaire et du ministère public réunis ne peut être inférieur à deux pour cent du budget ordinaire du gouvernement central. En fait, le budget ne dépasse jamais ce montant et le pouvoir judiciaire dépend dans une large mesure de l'assistance étrangère pour mener à bien ses activités. Au Paraguay, la constitution exige que pas moins de trois pour cent du budget du pays soient alloués au pouvoir judiciaire.

Au Chili, les efforts pour que la constitution prévoie l'allocation d'un certain montant au pouvoir judiciaire se sont heurtés à une vive résistance. Vargas et Duce suggèrent que garantir ce genre d'autonomie absolue au nom de l'indépendance judiciaire néglige le besoin de mettre en place un système adéquat de contrôles et de bilans. L'indépendance économique libère le pouvoir judiciaire de l'obligation de mener à bien ses fonctions avec transparence et, surtout, de justifier devant le public ce qu'il fait et comment il dispose de ses fonds. Selon eux, le financement du pouvoir judiciaire doit être fondé sur la convenance et l'utilité de ses programmes et non une simple formule déterminée par la loi.

Dans la plupart des pays, la Cour suprême propose et administre le budget du pouvoir judiciaire. Dans certains pays, ceci implique encore des négociations difficiles avec les autres branches du gouvernement, même là où l'allocation du budget judiciaire est garantie par la constitution. En République Dominicaine, bien que l'autonomie budgétaire et administrative du pouvoir judiciaire ait été garantie par des réformes de la constitution, qui ont également accordé à la Cour l'autorité de nommer tous les employés administratifs et autres du pouvoir judiciaire, l'indépendance budgétaire reste illusoire. L'Office national du budget modifie de façon routinière le budget préparé par la Cour suprême sans la consulter et sans tenir compte des besoins réels et des engagements. Le budget proposé par la Cour suprême a été réduit de jusqu'à 50 pour cent au cours des trois dernières

années et représente moins de 1,47 pour cent du budget national du pays.

Au Paraguay, bien que le pouvoir judiciaire prépare son propre budget et que trois pour cent du budget national lui soient « garantis », le président de la Cour suprême doit encore « négocier » avec le Ministère des Finances avant « l'approbation » du budget par le Congrès. Au Congrès, il doit à nouveau plaider devant la Commission du budget. Les éléments du budget déjà approuvés ne sont pas alloués par l'exécutif qui affirme ne pas avoir assez de ressources.

Au Chili, la Société administrative du pouvoir judiciaire (CAPJ) a été créée pour aider la Cour suprême à gérer le budget du pouvoir judiciaire. Elle fonctionne sous l'autorité d'un conseil d'administration auquel appartiennent cinq juges sur les 21 qui siègent à la Cour suprême. Les tribunaux individuels ont très peu d'argent pour les petites dépenses. De récentes réformes ont éliminé la participation de l'exécutif dans la sélection et la promotion des employés du pouvoir judiciaire. La CAPJ engage maintenant le personnel assistant et les tribunaux individuels sont chargés de superviser leur travail.

En Bolivie, c'est le conseil de la magistrature qui est maintenant chargé de l'administration des ressources financières et humaines. Actuellement le conseil absorbe quelque 30 pour cent du budget du pouvoir judiciaire. Sa structure administrative est compliquée et centralisée et le niveau des salaires est plus élevé que celui des juges, ce qui crée des frictions considérables.

Les participants salvadoriens à la réunion régionale au Guatemala observaient que les juges se heurtent à des obstacles pour licencier des employés du tribunal qui n'accompliraient pas leurs fonctions correctement ou qui pourraient s'adonner à la corruption. Alors que la décision d'engager du personnel non judiciaire est prise par chaque juge ou juges (dans le cas de tribunaux ayant plusieurs juges), une fois

engagés ces employés sont couverts par la loi de la fonction publique. En fait, il est donc très difficile pour les juges d'exercer une autorité administrative réelle sur leur propre personnel. Ainsi, le personnel du tribunal peut avoir une plus grande sécurité de l'emploi et moins de supervision que les juges eux-mêmes.

Garantir des budgets accrus pour le pouvoir judiciaire est généralement considéré comme essentiel pour promouvoir l'indépendance judiciaire, bien que cela ne suffise pas pour assurer l'indépendance et que cette garantie doive être accompagnée de mesures visant à garantir la transparence et la responsabilité pour l'utilisation des ressources. De même, améliorer le contrôle du pouvoir judiciaire sur son propre budget le protégera probablement contre des ingérences politiques extérieures. Cependant, pour améliorer la productivité, restructurer le pouvoir judiciaire pourrait être plus important que des augmentations de budget. Pour garantir la répartition équitable des ressources, il serait utile que le budget du pouvoir judiciaire soit décentralisé de façon que les ressources soient correctement allouées, en se fondant sur le montant proposé par un département du budget à chaque niveau de la structure judiciaire. Il importe tout autant que les tribunaux en dehors des grands centres urbains reçoivent les ressources dont ils ont besoin.

b. Les salaires

Dans de nombreux pays, l'augmentation des salaires a rendu la carrière judiciaire plus attrayante. Depuis 1996, en République Dominicaine les salaires judiciaires ont augmenté de 275 à 400 pour cent. Au Chili, les salaires judiciaires ont beaucoup augmenté au cours de ces dernières années, en particulier ceux des juges de la Cour suprême. Un nouveau système de primes donne aux juges de première instance et aux employés des tribunaux le droit à une prime annuelle si leur tribunal a satisfait aux normes de performance annuelle fixées par

la Cour suprême. (La loi souligne le besoin d'une mesure objective de la ponctualité et de l'efficacité dans l'accomplissement des devoirs juridictionnels). Ils sont classés individuellement dans les 75 pour cent du haut de l'échelle du personnel évalué dans leur niveau respectif du pouvoir judiciaire. Au Costa Rica, les salaires judiciaires sont attrayants pour les jeunes professionnels, mais beaucoup moins pour les juges avec 15 à 20 ans d'expérience. Les incitations salariales diminuent à mesure que le juge gravit les échelons de la hiérarchie judiciaire, à moins qu'il ne soit nommé à la Cour suprême.

Au Salvador, les salaires judiciaires ont augmenté de façon appréciable dans les années d'après-guerre, bien qu'ils n'aient pas suivi l'augmentation en flèche du coût de la vie. Les salaires des procureurs sont comparables à ceux des juges de tribunaux d'instances inférieures et les défenseurs publics gagnent beaucoup moins. Les juges bénéficient également d'autres avantages tels qu'une allocation d'essence ou une voiture de service. Les avantages de la retraite sont assez généreux. De même, au Guatemala, la nouvelle loi relative à la carrière judiciaire a beaucoup augmenté les salaires des juges. Cependant, le Rapporteur spécial des Nations Unies a exprimé son souci du fait que le Guatemala n'offre aux juges ni assurance santé ni assurance vie.

Au Panama, l'augmentation des salaires de 1995 a fait des juges de la Cour suprême les fonctionnaires les mieux payés du pays. Cependant, les juges des tribunaux d'instance continuent à travailler avec des salaires insuffisants, ce qui les rend vulnérables à la corruption.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Les juges de la Cour suprême reçoivent maintenant 10.000 dollars par mois, alors que les juges itinérants reçoivent 2.500 dollars et les juges de paix 1.500 dollars seulement.

7. *Effets des réformes de la procédure pénale sur l'indépendance judiciaire*

Dans toute l'Amérique Latine, les pays sont en train de réformer leurs codes de procédure pénale, s'éloignant d'un système écrit et inquisitoire vers un système oral et contradictoire. Les anciens systèmes étaient d'habitude lents, le public n'ayant pas ou peu accès aux procédures, et manquaient de transparence. Dans ces systèmes, qui avaient pris la décision et sur quelle base était souvent peu clair. D'habitude, on ne demandait jamais aux juges de se trouver en présence des parties impliquées dans l'affaire. L'absence de transparence dans les décisions judiciaires et la délégation des responsabilités au personnel judiciaire menaçaient l'indépendance judiciaire. Au lieu que ce soit les juges qui prennent les décisions, celles-ci pouvaient être prises par des employés du judiciaire qui étaient probablement plus sensibles aux influences extérieures. De plus, dans de nombreux systèmes, et en théorie, le même juge pouvait être nominalement chargé de procéder à l'enquête initiale, de prendre la décision de poursuivre en justice, de déterminer la culpabilité et d'imposer la sentence.

Le nouveau système oral a été introduit au Salvador dans les tribunaux des affaires pénales, familiales et juvéniles. Selon les experts salvadoriens, « les leçons et l'expérience positives sont que la mise en oeuvre des principes de procédures orales, immédiates et publiques joue un rôle efficace dans le renforcement de l'indépendance judiciaire en ce sens qu'elle oblige le juge à prendre une décision lors d'une séance publique sur le fondement de preuves légalement présentées à l'audience et à offrir une justification convaincante du fondement légal de sa décision.¹⁰¹

Au Chili, le système inquisitoire de la justice pénale accorde aux juges d'appel une grande

latitude pour contrôler les actions des juges des tribunaux d'instance. Les juges d'appel peuvent contrôler la façon dont un tribunal d'instance inférieure applique la loi et interprète les faits. De plus, une disposition de « consultations » automatiques autorise la Cour d'appel à contrôler, de sa propre initiative, et dans la plupart des cas, les décisions du tribunal d'instance inférieure – tant le côté juridique que les faits – sans qu'une demande en appel ait été déposée. Plutôt que de servir de mécanismes de protection des droits des parties, ces procédures de révision permettent aux tribunaux d'instances plus élevées de maintenir un contrôle sur les tribunaux d'instance inférieure. Les juges de première instance ont le sentiment que leur indépendance est ébranlée parce que le système récompense ceux qui appliquent les critères que la cour d'appel pourrait, selon eux, appliquer, que ceci représente ou non à leurs yeux l'interprétation correcte de l'affaire qui leur est soumise.¹⁰²

Le nouveau code de procédure pénale, laissera au tribunal d'instance inférieure le soin de déterminer les faits, limitant l'autorité des cours d'appel de contrôler les décisions des tribunaux inférieurs à l'application de la loi. Les cours d'appel n'auront plus l'autorité de contrôler les décisions des tribunaux inférieurs de leur propre initiative. Ces réformes devraient donner aux tribunaux d'instance une plus grande indépendance (vis-à-vis de leurs supérieurs) pour juger les affaires qui leur sont soumises.

Des codes de procédure pénale réformés sont déjà en vigueur au Costa Rica, au Salvador et au Guatemala. Des réformes semblables ont récemment été adoptées, ou le seront bientôt, dans plusieurs pays, dont la Bolivie, le Chili, l'Équateur, le Honduras et le Paraguay. Ces réformes impliquent des changements majeurs pour les juges qui devraient contribuer à renforcer l'indépendance judiciaire. Les réformes de

¹⁰¹ Diaz et Urquilla, page 15.

¹⁰² Vargas et Duce, page 22.

la justice pénale dans la région sont conçues de façon à améliorer l'efficacité des procédures, mieux protéger les droits des suspects et des victimes et garantir l'impartialité et la responsabilité des juges. Les nouvelles procédures orales sont publiques, en présence des parties et avec présentation de tous les faits au juge, ce qui limite les opportunités de corruption et la délégation des fonctions judiciaires. Chaque juge est limité à une phase de la procédure. Selon les réformes, les juges doivent délibérer et publier leur décision immédiatement après la présentation groupée des faits lors du procès. Les juges doivent donner les raisons de leur décision, bien que ces raisons ne doivent pas être pleinement articulées lorsque le verdict est annoncé.

Les réformes des codes de procédure pénale libèrent les juges de la responsabilité de diriger les enquêtes criminelles. Dans l'ancien système, l'opinion publique et les politiciens pouvaient faire pression sur les juges, en les tenant responsables du maintien de la sécurité du public et de la lutte contre le crime. Ainsi, les juges décidaient souvent de la détention préventive et de la libération sur gages en réagissant plus à la pression du public qu'en faisant une application indépendante de la loi. Selon les experts du Chili, confier la responsabilité de l'enquête criminelle aux procureurs devrait libérer les juges pour qu'ils puissent agir de façon plus indépendante.¹⁰³ Cependant, l'expérience du Salvador et du Guatemala suggère que les juges puissent encore être accusés de libérer des criminels et de ne pas lutter contre le crime, et que l'on pourrait aussi accuser les nouvelles lois.

Au Guatemala, l'absence de décisions justifiées par les juges dans le nouveau système s'est traduite par l'annulation de décisions dans des affaires importantes, avec un coût énorme pour le gouvernement. Le procès du massacre de Xamán devra être repris. L'affaire contre l'ancien chef de la

¹⁰³ Ibidem, page 23.

patrouille civile Cándido Noriega a été jugée trois fois. Le souci d'absence de fondement pour les décisions judiciaires est si grand qu'une réforme constitutionnelle a été proposée pour inclure l'obligation de fournir un fondement raisonné aux décisions judiciaires.

Le Salvador a été l'un des premiers pays de la région à appliquer un code de procédure pénale qui exige la présentation orale et concentrée des faits devant les juges. Les exigences de la loi concernant les audiences publiques et la transparence ont réduit les opportunités de pression extérieure sur les juges. Le juge salvadorien Sidney Blanco suggère que le nouveau code contribue à nettoyer le corps judiciaire ; en effet, les juges qui refusent ou sont incapables de s'adapter aux nouvelles procédures ont tendance à quitter le corps judiciaire de leur propre chef.¹⁰⁴

8. *Établir des alliances stratégiques durables pour la réforme, réunissant la société civile, les juges favorables à la réforme, les principaux politiciens, les médias et les universitaires*

Dans la plupart des pays de la région, les organisations de la société civile n'ont pas joué de rôle majeur dans la promotion de l'indépendance judiciaire. De même, les bailleurs de fonds n'ont traditionnellement pas cherché à travailler avec les organisations de la société civile sur cette question et l'assistance internationale dans ce domaine a été centrée sur les cours suprêmes et les conseils de la magistrature.

¹⁰⁴ Blanco a souligné ce fait dans une présentation sur la façon dont les juges ont été affectés par le nouveau code de procédure pénale. Voir « Due Process of Law Foundation et Fundación Esquel, mise en place de la nouvelle procédure pénale en Équateur » page xx, (sous presse.)

Cependant, au cours des dernières années, les groupes de la société civile ont commencé à jouer un rôle croissant dans la promotion d'une plus grande indépendance judiciaire en plaidant, par exemple, en faveur de grandes réformes constitutionnelles et juridiques pour des procédures plus transparentes de sélection, d'évaluation et de promotion dans le secteur judiciaire et pour établir des mécanismes de supervision de ces procédures. Cette participation s'étend depuis des critiques et des campagnes autour d'un sujet unique jusqu'à des efforts stratégiques à long terme impliquant de multiples secteurs.

Les experts participant à la rencontre du Guatemala ont conclu que les efforts visant à promouvoir l'indépendance judiciaire ont plus de chances de réussir lorsqu'ils s'appuient sur les alliances stratégiques de divers groupes intéressés, en particulier les membres de la société civile (par exemple, les organisations d'avocats, les ONGs partisans des réformes, les universitaires, les groupes d'entreprises), les juges favorables à la réforme, les politiciens et les représentants des médias.

a. *Alliances stratégiques dirigées par la société civile*

Un aperçu de quelques stratégies récentes de la société civile suggère plusieurs voies par lesquelles la société civile peut participer de façon utile et, dans certains cas, décisive aux efforts pour renforcer l'indépendance judiciaire.

La République Dominicaine nous offre un exemple de contribution importante de ce qu'une alliance stratégique de représentants de la société civile – des juges, des fonctionnaires hauts placés et des politiciens – peut faire pour assurer l'adoption de réformes nécessaires et leur bonne application. En 1990, des avocats et hommes d'affaires ont créé la *Fondation pour l'institutionnalisme et la justice* (FINJUS) pour aider à promouvoir l'indépendance judiciaire, l'établissement d'un véritable état

de droit et le renforcement de la démocratie par une claire définition des règles et des rôles institutionnels. Entre les années 1990 et 1994, les avocats et les meneurs hommes d'affaires qui avaient participé à la création de la fondation FINJUS ont cherché à placer la question de la réforme judiciaire à l'ordre du jour. La crise électorale de 1994 a mené à une révision de la constitution qui a créé une opportunité de faire passer des réformes constitutionnelles spécifiques visant à renforcer l'indépendance judiciaire. FINJUS s'est placé à la tête d'une alliance de représentants de la société civile, de politiciens et de juges dévoués à la cause de l'indépendance judiciaire et du processus de réforme, alliance qui a joué un rôle clé dans la proposition et la sélection des juges de la Cour suprême, la reconnaissance des droits de tous les juges à la sécurité de leur poste et l'établissement de la juridiction des tribunaux dans le domaine délicat du contrôle constitutionnel.

Au cours de la première procédure de sélection, en 1997, le nouveau Conseil de la magistrature avait, à l'origine, refusé de tenir des audiences publiques avec les candidats à la Cour suprême. Les groupes de la société civile ont organisé leurs propres audiences télévisées. Par la suite, le conseil a décidé de téléviser ses propres audiences publiques ainsi que les procédures de sélection des nouveaux membres de la Cour suprême.

Lorsque le pouvoir législatif a adopté une loi qui aurait mis fin à la sécurité des postes pour les juges, les groupes de la société civile ont organisé la « semaine de l'indépendance judiciaire » et, avec l'aide de l'USAID, fait venir des experts étrangers pour une série de présentations sur l'indépendance judiciaire.¹⁰⁵

L'assistance internationale a joué un rôle clé en aidant à déterminer les priorités et en

¹⁰⁵ Ces experts étaient Rodolfo Pizo Escalante, Luis Salas, César Barrientos, Edmundo Orellana et Eduardo Gauggel.

apportant une vision régionale, pour permettre aux Dominicains de connaître les expériences et les réalisations de ses voisins dans la région.

La fondation FINJUS et ses alliés ont aidé à lancer et à maintenir la poussée vers la réforme par des moyens variés. Ils ont utilisé les médias, leurs propres publications et des séminaires publics et autres tribunes pour expliquer au public des questions cruciales telles que l'importance du renforcement de l'indépendance des juges. Des réseaux et alliances temporaires et permanents ont assuré la durabilité du processus ; d'autres secteurs et organisations ont été encouragés à soutenir les efforts visant à renforcer l'indépendance judiciaire. L'École nationale judiciaire et la fondation FINJUS ont accepté de collaborer pour promouvoir l'analyse et la discussion et faire des propositions sur des sujets relatifs au renforcement de l'indépendance et de la démocratisation.

Au Guatemala, diverses organisations de la société civile se sont groupées pour constituer le *Mouvement pro-justice* et ont joué un rôle important pour assurer plus de transparence dans le processus de sélection des juges de la Cour suprême et des membres du Conseil constitutionnel. Cette initiative s'est concentrée sur l'encouragement de la discussion sur les qualifications dont on devrait tenir compte pour la nomination et la sélection de ces personnalités ainsi que la transparence du processus de sélection. Les ONGs guatémaltèques ont également beaucoup œuvré à la venue du Rapporteur spécial des Nations Unies sur l'indépendance des juges et des avocats au Guatemala. Le Rapporteur spécial a produit un rapport important, qui a documenté les menaces à l'indépendance judiciaire au Guatemala et fait une série de recommandations. Le gouvernement du Guatemala a pris l'engagement public de faire appliquer ces recommandations.

Au Chili, comme dans de nombreux autres pays d'Amérique Latine, il n'y a pas d'ONG

qui joue un rôle important dans le suivi des tribunaux, plaide en faveur de la réforme judiciaire ou travaille de toute autre manière au renforcement de l'indépendance judiciaire. Quoi qu'il en soit, la réussite récente des efforts pour réformer la procédure pénale au Chili doit beaucoup à la participation importante de secteurs qui, auparavant, n'avaient pas participé à ces efforts, dont toute une série d'institutions de la société civile avec des orientations politiques variées, telles que les ONGs et les universités, les secteurs liés au monde des affaires et autres meneurs économiques dans le pays. L'alliance stratégique entre ces différents acteurs a beaucoup aidé à la réforme de la procédure pénale et offert un modèle de politique publique dans le domaine de la réforme judiciaire. Cette alliance stratégique ne s'est pas simplement produite, mais faisait partie d'une stratégie complexe visant à montrer aux différents secteurs l'importance des réformes de la procédure pénale dans leurs différents domaines. Les experts du Chili suggèrent qu'il soit plus difficile de réaliser ce genre de consensus sur la question d'établir une plus grande indépendance judiciaire. Il pourrait être plus difficile d'arriver à un consensus sur la façon de procéder sur ce sujet, surtout à la lumière de l'expérience passée.

En Argentine, l'organisation Poder Ciudadano (*Pouvoir des citoyens*) a pris la tête d'un effort en vue de constituer une commission de la société civile pour suivre les activités du Conseil de la magistrature. L'équipe de suivi s'efforce de détecter les points forts et les points faibles et de les présenter en détail dans un rapport annuel. Elle a aussi proposé des mécanismes pour augmenter la transparence des actions du conseil. Ainsi, lorsque le conseil définissait sa réglementation, le groupe de suivi proposait huit principes de base, dont la garantie de l'accès à l'information, la mise en place d'un système de sélection judiciaire basé sur les capacités et les qualifications des candidats, des mécanismes administratifs transparents et la garantie de

la participation des citoyens en organisant des rencontres publiques. Le contenu de cette réglementation a fait l'objet d'un débat public et une coalition d'ONGs a présenté une proposition pour des audiences publiques, finalement acceptée par le conseil.

Les participants à la réunion régionale du Guatemala sont tombés d'accord sur plusieurs points :

- Les bailleurs de fonds doivent s'efforcer d'identifier une organisation de la société civile qui se consacrera, en pratique à plein temps, à la préparation et à la mise en œuvre d'une stratégie pour soutenir les réformes et confronter l'opposition. Il s'agit là d'une étape essentielle. Dans leurs projets, les bailleurs de fonds doivent inclure les fonds et le temps nécessaires pour identifier une organisation adéquate ou pour aider à la créer si elle n'existe pas encore. Ceci suppose que l'on garantisse l'assistance technique ainsi que les fonds et le personnel nécessaires. Les campagnes de réformes ont besoin d'avocats sophistiqués et expérimentés qui comprennent les problèmes et peuvent aborder l'opposition de façon crédible. Essayer de mener des campagnes de réformes avec des gens qui sont employés à plein temps ailleurs et qui n'ont qu'un temps limité à consacrer aux réformes n'est tout simplement pas suffisant pour maintenir la poussée.
- Les bailleurs de fonds doivent allouer plus de temps pour assembler l'appui pour les réformes plutôt que d'attendre des résultats concrets immédiats (il faut environ deux ans pour créer la compréhension et assembler l'appui). Sans quoi, l'opposition crée des retards, et des questions

seront posées sur la volonté politique du pays, ce qui pourrait ruiner l'ensemble du processus. Ceci conduit à se fier à des stratégies *ad hoc* pour bâtir le soutien plutôt que des stratégies bien réfléchies et efficaces. Même si les réformes passent, elles pourraient ne pas bénéficier du soutien local et de la compréhension qui sont nécessaires à les faire appliquer dans toute la phase d'exécution qui est toujours difficile, chaotique, coûteuse et pleine de conséquences imprévues.

- La formation de la coalition est un élément crucial pour soutenir les réformes et vaincre ceux qui s'y opposent. En particulier, il importe d'identifier les alliés parmi les politiciens. Il est tout aussi crucial d'identifier les membres du pouvoir judiciaire à tous les niveaux qui soutiennent les réformes et peuvent être nos alliés dans les efforts de réforme.

b. Travailler avec les juges à tous les niveaux du judiciaire

Les experts d'Amérique Latine ont souligné que non seulement la structure du pouvoir judiciaire mais encore le processus de réforme doivent être démocratisés. Les réformes doivent faire participer le pouvoir judiciaire dans son ensemble, et pas seulement les niveaux supérieurs. Pour vaincre la résistance à des réformes qui pourraient être considérées comme une perte de pouvoir judiciaire (par exemple, réduire le contrôle hiérarchique sur les juges d'instances inférieures et transférer la responsabilité des enquêtes criminelles aux procureurs dans le cadre de la réforme des procédures pénales), la meilleure stratégie consiste à collaborer étroitement avec les juges de tous niveaux de façon à ce qu'ils ne perçoivent pas les réformes comme quelque chose imposé de l'extérieur. Ceci peut se faire avec les juges qui sont les plus

réceptifs au changement et en leur montrant constamment comment les réformes peuvent améliorer leur situation. Exposer les juges à l'expérience de leurs collègues dans des pays qui ont déjà fait des changements peut les éclairer à ce sujet.

Les bailleurs de fonds et les groupes de la société civile avec lesquels ils travaillent peuvent encourager la formation ou la consolidation d'associations de juges favorables à la réforme. Alors que les associations traditionnelles de juges n'ont pas eu tendance à promouvoir l'indépendance judiciaire, les nouveaux groupements se penchent de plus en plus sur cette question. S'il existe une organisation de la société civile qui se trouve à la pointe de l'effort de réforme, elle devrait essayer de créer une alliance avec les juges pour lancer conjointement un appel en faveur de réformes constitutionnelles. Elle devrait éviter d'attaquer le pouvoir judiciaire pour que les juges ne le considèrent pas comme une attaque personnelle.

c. Les médias

Une stratégie de médias est aussi une composante vitale de tout effort pour rassembler un appui durable en faveur de la réforme. Il faudrait trouver, si possible, une organisation médiatique qui soit suffisamment intéressée dans le processus pour qu'elle considère les réformes comme un élément clé dans ses activités. La coalition de la République Dominicaine avait réussi à établir ce genre de relation avec les médias.

Cependant, dans la plupart des pays couverts par cette étude, les médias ont assez peu contribué à la cause de l'indépendance judiciaire ; ceci provient en partie du fait qu'ils ne comprennent pas le rôle des juges. Les juges sont souvent blâmés dans les médias comme incapables d'arrêter le crime, surtout lorsque des suspects sont libérés à cause de preuves insuffisantes ou de défauts dans l'enquête. Les réformes récentes dans la procédure pénale ont souligné la garantie

de la bonne et due forme, le fait que le suspect est présumé innocent (tant qu'il n'est pas reconnu coupable) et la notion que la punition est réservée à l'action pénale prouvée et non aux soupçons. Bien que la détention préventive ne serve plus de punition anticipée, les médias ne se sont pas ajustés à cette nouvelle situation.

De plus, les lois de *desacato* (manque de respect) qui imposent des peines pénales pour avoir publié des critiques à l'égard de personnalités publiques, y compris les juges, ont limité la capacité des médias et/ou leur désir de jouer un rôle de « chien de garde » dans de nombreux pays. Par exemple, au Chili, un travail de journalisme d'investigation récemment publié, *El Libro Negro de la Justicia* (Le livre noir de la justice) qui critiquait la Cour suprême et certains de ses membres, a fait l'objet d'une action en justice par un des juges critiqués. Le résultat a été que toutes les copies du livre ont été saisies, le livre interdit et l'auteur, accusée de diffamation, a fuit aux États-Unis où elle a reçu l'asile politique. Malgré ces restrictions, l'un des principaux journaux a récemment examiné le comportement de certains juges de la Cour suprême et ce fait a été décisif dans la décision sans précédent de révoquer un juge de la Cour d'appel de Santiago pour irrégularités et corruption.¹⁰⁶

Alors que les lois de *desacato* sont graduellement annulées, et que le journalisme d'investigation commence à s'enraciner, les médias commencent à scruter le pouvoir judiciaire dans certains pays. Mais ils devraient jouer un rôle beaucoup plus actif pour promouvoir l'indépendance et la responsabilité judiciaire.

Outre le fait de suivre les tribunaux de près, les médias peuvent et doivent jouer un rôle plus actif en faisant connaître au grand public les bénéfices d'un système judiciaire indépendant et efficace. Pour confronter

¹⁰⁶ Vargas et Duce, page 29.

l'opposition à la réforme, il faut non seulement donner au public une meilleure information sur l'étendue et les avantages de la réforme, mais il faut lui montrer des résultats dans des affaires spécifiques et bien documentées qui illustrent les avantages des réformes par rapport aux pratiques antérieures. La meilleure arme pour combattre ceux qui s'opposent à la réforme est une politique qui consiste à faire la publicité sur les « résultats positifs » par rapport au système inefficace qui vient d'être transformé.

Les médias peuvent également sensibiliser l'opinion publique et les acteurs politiques sur le besoin de transformer la structure judiciaire non seulement pour renforcer l'indépendance des juges mais encore comme stratégie pour prévenir la corruption.

d. Participation d'organismes officiels de surveillance

De nombreux pays d'Amérique Latine ont créé un office de l'Ombudsman des droits de l'homme pour surveiller les actions officielles et garantir le respect des droits humains des citoyens. Dans certains pays, ces personnes ont placé l'indépendance judiciaire au centre de leur travail.

Par exemple, au Honduras, l'Office du commissaire national des droits de l'homme s'est attaqué au sujet de l'indépendance judiciaire, en publiant un rapport critique en l'an 2000. Par la suite, le gouvernement a constitué une « commission de notables » avec l'ombudsman, qui a préparé et fait circuler une série de recommandations.

e. Surveillance érudite des tribunaux

Les experts d'Amérique Latine ont souligné maintes fois le besoin de créer des postes à plein temps pour des professeurs de droit et d'encourager des recherches indépendantes sur le pouvoir judiciaire dans le contexte universitaire ou dans des centres académiques prestigieux. Certains ont conseillé vivement que les bailleurs de fonds

envisagent de financer des projets d'analyse empirique et juridique de l'indépendance judiciaire dans des pays individuels, les circonstances et les processus qui la limitent et les stratégies de réforme qui l'on aidé ou qui sont susceptibles de la renforcer.

TABLEAU 2 : Le rôle et la composition des Conseils de la magistrature dans divers pays d'Amérique Latine

Pays	Composition du Conseil de la magistrature	Le Conseil est choisi par ...	Le rôle du Conseil dans la sélection des autres juges membres de la Cour suprême	Le rôle du Conseil dans la sélection des autres juges	Responsabilités supplémentaires du Conseil
Argentine *	19 membres : le président de la Cour suprême, 4 juges, 8 législateurs (4 de chaque chambre, dont 2 du parti majoritaire et 2 des principaux partis minoritaires), 4 avocats exerçant au niveau fédéral choisis par élection, 1 universitaire et 1 délégué de l'exécutif.	Les représentants judiciaires sont élus par les juges fédéraux ; les législateurs sont choisis par les présidents des 2 chambres en tenant compte des propositions de chaque chambre.	Aucun	Le choix des candidats aux postes de juge se fait sur concours public fondé sur le mérite ; prépare des listes de 3 candidats pour sélection par l'exécutif.	Administre le budget du pouvoir judiciaire* ; discipline les juges et lance les procédures de révocation des juges ; publie les réglementations relatives à l'organisation et à l'indépendance judiciaires.
Bolivie	5 membres : le président de la Cour suprême et 4 autres membres.	Le Congrès	Désigne les candidats.	Désigne les candidats pour les tribunaux d'instance inférieure.	Responsabilité administrative et disciplinaire du pouvoir judiciaire ; met en œuvre les programmes de formation.
Costa Rica	5 membres : 4 du judiciaire et 1 avocat de l'extérieur, sous la présidence du président de la Cour suprême.	La Cour suprême	Aucun	Sélection fondée sur le mérite, mais la Cour suprême n'est pas tenue de choisir le mieux classé.	Responsabilité déléguée pour diverses questions administratives et disciplinaires.
République Dominicaine	7 membres : le président, le président du Sénat et un sénateur du parti d'opposition, le président de la Chambre et un député d'opposition, le président de la Cour Suprême et un autre juge.		Recrute et évalue les candidats ; nomme les juges ; peut tenir des audiences publiques.	Aucun	
Le Salvador	6 membres : 3 avocats, 1 professeur de la faculté de droit de l'Université du Salvador et 1 d'une université privée, 1 avocat du ministère public.	Les législateurs choisissent à partir d'une liste de 3 candidats désignés par chaque secteur représenté.	Propose des candidats au pouvoir législatif, dont la moitié doit être des élus des associations d'avocats.	Propose des candidats en fonction du mérite ; fournit à la Cour suprême des listes de 3 candidats pour la sélection.	Évalue périodiquement les juges ; fait fonctionner l'École de formation judiciaire.
Guatemala	5 membres : le président de la Cour suprême, le chef du département ressources humaines du pouvoir judiciaire, le chef du département formation, 1 représentant des juges, 1 représentant des magistrats d'appel.	Les juges et les magistrats sont élus par leurs assemblées respectives.	Avisé le Congrès du besoin de convoquer la Commission de postulation pour la sélection des magistrats de la Cour suprême et des cours d'appel.	Chargé du système d'entrée fondé sur le mérite ; l'unité de formation évalue les candidats ; ceux qui ont suivi avec succès le cours de 6 mois sont éligibles pour être nommés à la Cour suprême.	Nomme et révoque le chef du département de formation institutionnelle ; évalue la performance des juges et magistrats ; définit les politiques du département de formation.
Paraguay	8 membres : 1 juge de la Cour suprême, 1 représentant de l'exécutif, 1 membre de chaque chambre législative, 2 avocats, 1 professeur de la faculté de droit de l'Université nationale, 1 professeur d'une université privée.	Propose des listes de 3 candidats pour nomination par le Sénat.	Propose des listes de 3 candidats pour la nomination des juges ou des magistrats par la Cour suprême.		

* Ces informations concernent le conseil pour le système judiciaire fédéral ; l'Argentine a d'autres conseils pour les systèmes judiciaires au niveau des provinces. La Cour suprême n'a pas autorisé les conseils à assumer la responsabilité de l'administration du budget.

TABLEAU 3 : Désignation et nomination des juges de la Cour suprême et des juges des tribunaux inférieurs dans 10 pays d'Amérique Latine

Pays	Désignation des juges de la Cour suprême	Responsable de la nomination des juges de la Cour suprême	Désignation des juges des tribunaux inférieurs	Responsable de la nomination des juges des tribunaux inférieurs
Argentine	Proposés par l'exécutif	Le président avec l'accord du Sénat	Le Conseil de la magistrature ; un jury évalue les qualifications ; concours public ; dresse des listes de 3 candidats	Le président avec l'accord du Sénat
Bolivie	Le Conseil de la magistrature fournit une liste de 3 candidats.	Le Congrès, à la majorité des 2/3.	Le Conseil de la magistrature	Vote de 2/3 des voix de la Cour suprême pour les tribunaux supérieurs de district ; les tribunaux supérieurs de district élisent les juges d'instance inférieure.
Chili	La Cour suprême prépare une liste de 5 candidats.	Le ministre de la justice désigne et le Sénat ratifie à la majorité des 2/3.	Recrutement par l'Académie judiciaire ; une liste de 3 est préparée par le tribunal immédiatement supérieur dans la hiérarchie judiciaire.	Le ministre de la justice
Costa Rica		Le corps législatif	Le Conseil de la magistrature	La Cour suprême
République Dominicaine	Chacun peut proposer ; le Conseil de la magistrature sélectionne les candidats.	Le Conseil de la magistrature		La Cour suprême
Le Salvador	Le Conseil de la magistrature (la moitié de la liste doit être des élus des associations d'avocats)	Le corps législatif à la majorité des 2/3	Le Conseil de la magistrature prépare des listes de 3 candidats.	La Cour suprême
Guatemala	La Commission de postulation prépare une liste de 26 candidats.	Le corps législatif nomme 13 candidats.	Le Conseil de la magistrature	La Cour suprême
Honduras *		Le corps législatif		La Cour suprême
Panama	Le président désigne.	Le corps législatif ratifie.		Le supérieur immédiat dans la hiérarchie judiciaire
Paraguay	Le Conseil de la magistrature	Le Sénat	Le Conseil de la magistrature	La Cour suprême

* Une réforme constitutionnelle ratifiée en 2001 établit qu'un conseil de désignation composé de 7 secteurs présentera au Congrès une liste de 45 candidats pour les 9 postes de la Cour suprême. La première procédure de sélection avec ce nouveau mécanisme aura lieu en janvier 2002.

F. L'indépendance judiciaire aux États-Unis : questions actuelles et informations générales

par Mira Gur-Arie et Russell Wheeler¹⁰⁷

1. Introduction

Depuis la fondation de la république, l'indépendance judiciaire est une valeur politique essentielle des États-Unis. Alexander Hamilton¹⁰⁸, en plaidant en faveur de la ratification de la constitution des États-Unis, considérait comme évidente une « administration de la loi constante, droite et impartiale » par un système judiciaire [caractérisé par] « la fermeté et l'indépendance ». La liberté, disait-il, « aurait tout à craindre de l'union [du judiciaire] avec » le législatif ou l'exécutif. (*The Federalist*, N.78)

L'indépendance judiciaire signifie différentes choses pour différentes personnes. Elle fait au moins référence à la capacité des juges de trancher des litiges de manière impartiale, malgré des faveurs réelles, potentielles ou offertes. Mais elle permet surtout aux juges de protéger les droits de la personne, même face à l'opposition populaire.

Cependant, aux États-Unis, la croyance en l'indépendance judiciaire s'accompagne d'une croyance tout aussi forte en la responsabilité démocratique. James Madison¹⁰⁹ écrivait pendant le débat sur la

ratification « tout le pouvoir du Gouvernement doit dériver directement ou indirectement du peuple tout entier » (*The Federalist*, N.37 et 39). La responsabilité, en ce qui concerne les juges, a également différentes significations. Certains estiment que les décisions des juges doivent refléter les préférences populaires. D'autres rejettent cette proposition mais insistent que l'administration des tribunaux par les juges et l'utilisation des fonds du contribuable doivent satisfaire aux besoins et aux souhaits du public. Au cœur de l'idée de la responsabilité démocratique des juges se trouve le fait que le public, directement ou par ses représentants, a son mot à dire sur la façon dont les tribunaux doivent fonctionner.

Les États-Unis sont un laboratoire d'efforts faits pour ajuster l'indépendance et la responsabilité judiciaires l'une à l'autre, avec ses quelques 900 juges nommés à vie, 800 juges avec un mandat à durée déterminée et les 28.000 juges des états, du District de Columbia¹¹⁰ et de Porto Rico.¹¹¹ Ces 53 juridictions ont pratiquement toute liberté pour structurer leurs services judiciaires comme ils l'entendent. La leçon à tirer de l'expérience des États-Unis est qu'il n'existe pas de série de dispositions qui garantissent d'aboutir à un pouvoir judiciaire indépendant. L'indépendance

¹⁰⁷ Les opinions exprimées dans le présent article sont celles des auteurs et ne doivent pas être attribuées au Centre judiciaire fédéral ou toute autre agence du système judiciaire fédéral. M. John Cooke, les juges Paul Magnuson et Peter Messite, M. Peter McCabe, le juge Fern Smith et M. Sylvan Sobel ont fait des commentaires précieux sur une version antérieure de ce document.

¹⁰⁸ Alexander Hamilton fut aide de camp de George Washington, puis rédacteur de la constitution des États-Unis.

¹⁰⁹ James Madison fut le 4^{ème} président des États-Unis.

¹¹⁰ La ville de Washington

¹¹¹ Pour simplifier quelque peu les choses, les juges des tribunaux des états ont généralement pleine juridiction sur toutes les matières sauf celles que le Congrès réserve aux tribunaux fédéraux. Les juges fédéraux ont juridiction sur les délits fédéraux, les cas qui impliquent des lois fédérales, les affaires où les États-Unis sont l'une des parties, et les affaires entre citoyens d'états différents. Il existe une autre catégorie de juges que nous ne traiterons pas dans cet article, par manque de place. Il s'agit des juges des tribunaux établis au sein d'agences du pouvoir exécutif, comme le système judiciaire des forces armées, le tribunal des États-Unis pour les affaires fiscales, et les nombreux « juges de droit administratif ».

INDÉPENDANCE JUDICIAIRE	LES DEUX	RESPONSABILITÉ
Servie par la sécurité des postes et des salaires et par l'auto-administration du pouvoir judiciaire.	Servies par une éthique préventive et des règles sur les conflits d'intérêts.	Servie par les méthodes de sélection, discipline, révocation judiciaires et la surveillance par le législatif.

judiciaire revêt plusieurs formes, qui sont modelées par diverses dispositions juridiques, traditions politiques et attentes culturelles qui ont évolué avec le temps et continuent d'inspirer le débat et la réflexion.

Les dispositions des États-Unis pour promouvoir l'indépendance judiciaire d'un côté et le contrôle démocratique du pouvoir judiciaire de l'autre peuvent être placés sur un continuum. Le présent article décrit les mécanismes utilisés aux États-Unis pour protéger et équilibrer l'indépendance et la responsabilité. Il faut se souvenir que ces mécanismes fonctionnent dans un environnement imprégné d'une hypothèse culturelle de base selon laquelle les agents publics et les intérêts privés ne doivent pas s'immiscer dans les prises de décisions judiciaires. Cette hypothèse, qui sera examinée dans la section finale de cet article, repose sur le respect fondamental porté par le peuple au rôle du juge. Aussi, sélectionner un corps judiciaire à la fois compétent, honnête et divers est essentiel, tant pour maintenir cette confiance du public que pour soutenir la légitimité institutionnelle du judiciaire.

2. Mesures pour protéger l'indépendance judiciaire

a. Sécurité du poste et indemnité

La Déclaration d'Indépendance (1776) inculpait le roi George III parce qu'il avait rendu les juges coloniaux « dépendants de sa seule volonté, pour les maintenir à leur poste et pour leur rémunération ». Blackstone enseignait qu'une telle dépendance signifiait qu'au lieu de décider des affaires selon des « principes fondamentaux », les juges « se prononçaient ... en faveur de la loi qui convenait le mieux au monarque ou à ses

fonctionnaires. » (Wheeler, 1988 : 8-9) Ainsi, l'article III de la Constitution des États-Unis (1787) confie « le pouvoir judiciaire des États-Unis » aux juges fédéraux « qui conserveront leurs charges aussi longtemps qu'ils en seront dignes » et « percevront, à échéances fixes une indemnité qui ne diminuera pas tant qu'ils resteront en fonction ».

Pour les juges fédéraux, le maintien de la fonction « tant qu'ils en sont dignes » représente essentiellement la nomination à vie ; les juges de la Cour suprême, les juges des cours d'appel et les juges de district peuvent servir aussi longtemps qu'ils le désirent¹¹² (bien qu'un plan de retraite généreux leur permette de réduire leur charge de travail après l'âge de 65 ou 70 ans¹¹³). La titularisation à vie des juges fédéraux a été l'objet de critiques régulières, mais n'a jamais été mise en danger. Au début du siècle la critique venait de ceux qui pensaient que les juges fédéraux étaient trop favorables aux grands intérêts économiques, et aujourd'hui ce sont ceux qui pensent que

¹¹² Il n'est inhabituel pour les juges fédéraux de servir bien après avoir atteint l'âge de 70 ans. Trois des neuf juges de la Cour suprême ont plus de 70 ans et l'un d'eux a plus de 80 ans. Les juges fédéraux qui servent « tant qu'ils en sont dignes » peuvent être révoqués par la procédure législative de la mise en accusation (impeachment), mais cela ne s'est produit que sept fois dans l'histoire de la nation.

¹¹³ Les juges de plus de 65 ans et dont l'âge ajouté au nombre d'années de service dépasse 80 ans peuvent prendre leur retraite et conserver le salaire de la fonction (y compris toute augmentation) tant qu'ils accomplissent une quantité définie de service réduit, et s'ils choisissent de ne fournir aucun service judiciaire, ils peuvent conserver le salaire qu'ils avaient au moment de leur départ à la retraite. (Voir USC 28, § 371).

les juges sont trop favorables aux intérêts des minorités et des personnes soupçonnées d'avoir commis un crime.

L'interdiction par l'Article III de la Constitution de réduire les salaires judiciaires fédéraux n'a pas été soumise à des attaques semblables. Cependant, au cours de l'histoire, les juges ont toujours affirmé que leurs salaires étaient insuffisants. Bien que les salaires judiciaires fédéraux d'aujourd'hui soient sans aucun doute dans la tranche la plus élevée de tous les salaires des États-Unis¹¹⁴, dans de nombreuses régions du pays, les avocats débutants, au moins dans les cabinets commerciaux, gagnent parfois plus que les juges fédéraux. Les juges ne prétendent pas que le Congrès refuse d'augmenter leurs salaires pour se venger de leurs décisions. Cependant, ils font remarquer que refuser de permettre aux salaires judiciaires de suivre l'inflation peut contenir les germes d'une menace à des prises de décisions indépendantes. (Affaire Williams contre États-Unis 1999).

Bien que la titularisation et les indemnités soient souvent décrites comme étant l'élément caractéristique d'un système judiciaire indépendant aux États-Unis, la titularisation à vie et les salaires qui ne

¹¹⁴ Le salaire annuel avant taxes d'un juge fédéral de district en l'année 2000 était de 141.300 dollars. Les juges des cours d'appel gagnent quelque 149.900 dollars et les juges de la Cour suprême gagnent 173.600 dollars. Les magistrats et les juges de faillites gagnent environ 10 pour cent de moins que les juges de district. En 1999, la paye moyenne annuelle aux États-Unis était de 31.908 dollars (Bureau des statistiques du travail, 2000). Les salaires des juges des tribunaux des états sont quelque peu inférieurs aux salaires judiciaires fédéraux. Néanmoins, les salaires des juges des tribunaux d'état de plus haute instance les placent bien au-dessus du revenu médian national. Pour une analyse des salaires judiciaires des tribunaux d'état voir l'enquête sur les salaires judiciaires (Centre national des tribunaux d'état, 1999, volume 25 N°2)

peuvent baisser ne concernent officiellement que trois pour cent des juges des États-Unis : les quelque 900 juges siégeant à la Cour suprême, dans les cours d'appel et les tribunaux de district, et les juges de l'état de Rhode Island (dans deux autres états, les juges sont titularisés jusqu'à l'âge de 70 ans). (Rottman 1995, tables 4 et 6). Les juges de faillites fédéraux et les juges magistrats, qui exercent le pouvoir judiciaire sur délégation de juges fédéraux titulaires à vie, ont respectivement des mandats de 14 et de 8 ans (USC 28, §152(a)(1) & 631(a)). La titularisation à vie des juges des états, qui était accordée au 18^{ème} siècle a fait place à des mandats de durée limitée dans un effort pour promouvoir un judiciaire sensible aux préférences populaires. Aujourd'hui, presque tous les juges des états ont des mandats à durée limitée, allant de 4 à 15 ans¹¹⁵, et la plupart d'entre eux doivent se soumettre à une forme d'élection populaire pour conserver leur poste.

Comme nous le verrons plus loin, ces limitations sur la durée des mandats des juges ont permis aux électeurs d'écarter des juges qui auraient pris des décisions impopulaires, mais ces limitations n'ont généralement pas constitué une menace institutionnelle réelle envers l'indépendance des décisions prises par les juges des états. De même, bien que presque tous les salaires du judiciaire des états soient inférieurs à ceux des juges fédéraux correspondants, et dans certains cas très inférieurs, nous ne savons pas si, et dans quelle mesure, les autorités législatives d'un état ou d'une municipalité ont essayé de réduire les salaires des juges pour les punir d'avoir pris certaines décisions.¹¹⁶

¹¹⁵ Données reprises de Rottman, 1995, tables 4 et 8. Le mandat habituel pour les juges d'appel des états est de 8 ans et la moyenne de 7 à 8 ans. Pour les juges des principaux tribunaux d'instance, le mandat est de 6 ans et la moyenne de 7 ans.

¹¹⁶ L'examen de la recherche empirique relative à l'indépendance judiciaire conduite par un spécialiste suggère que ce sujet a été assez peu étudié. (Hensler 1999 : 718)

En fait, l'important est que, malgré ces différences entre les systèmes fédéral et des états, la plupart des juges des États-Unis jouissent d'un respect professionnel important et reçoivent des salaires plus élevés que les autres agents de la fonction publique dans leur juridiction. Les salaires et la stature professionnelle seuls ne garantissent pas l'indépendance judiciaire mais, en élevant le prestige des juges, il leur est plus facile d'agir avec plus d'indépendance.

b. Administration du judiciaire par le judiciaire

Il n'est pas venu à l'esprit de ceux qui ont mis en place le gouvernement fédéral et ceux des états, vers la fin du 18^{ème} siècle, que l'exercice séparé et indépendant du pouvoir judiciaire avait besoin d'autre chose que de juges séparés et indépendants. Les tribunaux fédéraux, depuis leur création en 1789 et jusqu'en 1939 étaient sous les responsabilités administratives successives des Départements d'État, du Trésor, de l'Intérieur et de la Justice. Les tribunaux des états étaient sous la responsabilité administrative des agences de l'exécutif de l'état. Les agences du pouvoir exécutif, fédérales et étatiques, préparaient annuellement des requêtes législatives de fonds pour le fonctionnement des tribunaux et administraient les fonds reçus, qui, jusqu'au début du 20^{ème} siècle, ne servait guère qu'à payer les juges et le personnel (quand ils n'étaient pas payés directement par les redevances) et à fournir les salles d'audience et le mobilier.

Cependant, à mesure que le volume et la complexité des opérations judiciaires augmentaient, les juges et consorts affirmaient que le salaire et la titularisation ne suffisaient plus pour permettre au pouvoir judiciaire fédéral de se défendre contre les autres branches et que les systèmes judiciaires des états, dont les juges devaient être réélus, couraient un danger encore plus grand. Les juges fédéraux se plaignaient, d'une part, que le département de la justice

était un administrateur indifférent et d'autre part que son contrôle sur l'administration judiciaire menaçait l'apparence d'indépendance judiciaire et sa réalité.

En 1939, le Congrès a réagi à ces inquiétudes en créant l'Office administratif des tribunaux des États-Unis pour assumer, à la place du Département de la Justice, la responsabilité du budget des tribunaux fédéraux et de l'administration du personnel et compiler les données statistiques sur les opérations des tribunaux. Plus important encore, le Congrès a donné des directives selon lesquelles l'Office administratif serait supervisé par un conseil de juges d'appel fédéraux. [Cette organisation, qui est maintenant la Conférence judiciaire des États-Unis réunit 26 juges d'appel et d'instance et est présidée par le président de la Cour suprême (USC 28. 331).]¹¹⁷ Les gouvernements des états ont suivi dès 1940, en créant des offices administratifs pour les tribunaux d'état, la supervision étant généralement confiée à la Cour suprême de l'état. Aujourd'hui, l'importance d'une entité administrative séparée pour le pouvoir judiciaire fait partie de la sagesse conventionnelle aux États-Unis. Trois domaines vont l'illustrer :

L'administration et la juridiction des tribunaux. Avant que les branches du judiciaire n'aient la responsabilité de la préparation et de l'administration du budget et des offices administratifs pour les exécuter, des agences de l'exécutif évaluaient les besoins des tribunaux, présentaient ces besoins au pouvoir législatif pour approbation, négociaient avec le pouvoir législatif, et administraient les fonds

¹¹⁷ Les membres sont les présidents des treize cours d'appel fédérales, un juge de district de chacune des 12 circonscriptions judiciaires régionales et le président du tribunal du commerce international. La conférence décide de la politique pour l'administration des tribunaux fédéraux, en travaillant au moyen d'un réseau de comités qui examinent des sujets tels que l'automation, les peines pénales et les salaires et les avantages du corps judiciaire.

alloués. Bien qu'ils agissent en consultant en général les fonctionnaires du judiciaire, il était possible de priver les tribunaux en général et certains juges en particulier de l'appui financier, en guise de représailles pour des décisions contraires au bon plaisir de l'exécutif, une des principales parties prenantes devant ces tribunaux. Bien que les cas de telles représailles de l'exécutif aient été rares (Fish, 1973 : 122-123 ; Baar 1975 : chapitre 2), c'était là « une situation anormale dans laquelle le représentant juridique de la partie prenante principale devant les tribunaux fédéraux était chargé de décaissements très importants pour les juges devant lesquels ses subordonnés devaient constamment comparaître ». (Shafroth 1939 : 738)

En vertu du régime actuel, les branches judiciaires préparent leurs propres estimations de leurs besoins et les présentent soit directement au législatif soit à l'exécutif pour qu'il soit incorporé sans changement dans le budget global du gouvernement. Le pouvoir judiciaire défend également la demande devant le corps législatif et administre les fonds alloués.

Cependant, les procédures actuelles en matière de budget judiciaire libèrent à peine les tribunaux d'une certaine supervision voire un certain contrôle de la part des autres branches du pouvoir. L'exécutif, par exemple, peut influencer le niveau des financements du judiciaire par ses recommandations au Congrès sur la politique financière. Et bien sûr, c'est le Congrès qui détermine le niveau de financement du judiciaire. Les législateurs peuvent user de leur pouvoir en matière de financement pour exprimer leur approbation ou désapprobation de la façon dont les juges administrent les tribunaux et, bien que cela se produise rarement, leur approbation ou désapprobation des décisions prises par le judiciaire. Le Congrès a d'autres moyens de contrôler les conséquences des décisions judiciaires et la seule menace de telles actions pourrait influencer les décisions futures. Par exemple, le Congrès peut limiter

la juridiction des tribunaux fédéraux, comme il l'a fait en 1995, pour qu'il soit plus difficile aux personnes incarcérées d'obtenir des ordres judiciaires visant à changer l'administration des prisons ou des ordres visant à la révision de leurs condamnations.¹¹⁸

La discipline. À l'origine, le gouvernement fédéral et ceux des états n'avaient qu'un moyen officiel de discipliner les juges – la mise en accusation devant le législatif (impeachment) et la révocation. Mais, alors que cette procédure se révélait peu pratique, surtout pour résoudre des problèmes mineurs, et que la possibilité de l'obtention par le législatif ou l'exécutif d'une autorité étendue pour révoquer ou discipliner les juges devenait une menace croissante, les pouvoirs judiciaires ont acquis, d'habitude par statut, des mécanismes disciplinaires internes pour traiter l'inaptitude judiciaire. Ces moyens, ainsi que l'impeachment sont examinés plus loin. Ces dispositions disciplinaires se trouvent au sein du judiciaire, prévoient le contrôle de la discipline par le judiciaire et le protègent contre le contrôle des juges par le législatif.

L'éducation. Bien que la plupart des juges des États-Unis apportent au tribunal une expérience juridique étendue, ils ne reçoivent pas de formation judiciaire officielle avant leur nomination ; ils font leur apprentissage sur le tas. Lorsque la tâche du juge était moins compliquée, l'éducation judiciaire pouvait se faire de manière informelle. Des programmes officiels de formation judiciaire au sein du pouvoir judiciaire ont été créés vers le milieu du 20^{ème} siècle à mesure que les juges ont du traiter des problèmes de gestion des affaires, des affaires avec des schémas statutaires compliqués et des faits scientifiques et économiques complexes. En 1967, le Congrès a créé le Centre judiciaire fédéral pour orienter et fournir une

¹¹⁸ Ces statuts sont codifiés dans le code USC 28, § 1915 et 2254.

éducation continue aux juges fédéraux et aux employés des tribunaux. La plupart des systèmes judiciaires des états fournissent également des opportunités d'études aux juges et à leur personnel.

Il y a eu de vives discussions quant à savoir si certaines alternatives, telles que des programmes d'éducation judiciaire privés, offerts par des organismes qui semblent avoir des préférences politiques sur des sujets couramment présentés devant les tribunaux, constituent une menace aux prises de décisions indépendantes. Les personnes en faveur de ces programmes se défendent contre l'accusation d'être partiaux et font remarquer que le rôle des juges consiste à écouter et à peser des points de vue nombreux et différents. Les critiques affirment que l'aptitude experte des juges à recevoir l'information avec scepticisme peut ne pas les aider à reconnaître une information déformée dans des domaines très complexes et ésotériques, et affirment que malgré tout, l'apparence d'une éducation judiciaire privée compromet la confiance du public envers l'indépendance judiciaire.

3. Prévention des conflits d'intérêts et promotion de la confiance du public

Il existe toute une série de lois et de règles préventives conçues pour promouvoir l'indépendance judiciaire en protégeant les juges contre des situations qui pourraient être compromettantes et promouvoir en même temps la responsabilité en exigeant que les juges publient des informations personnelles susceptibles de conduire à des conflits d'intérêts. Par exemple, une loi de 1989 limite les cadeaux que les juges et autres hauts fonctionnaires peuvent accepter et impose un plafond sur les gains extérieurs (généralement issus de l'enseignement ou des droits d'auteurs), fixé à 15 pour cent de leur salaire du gouvernement (U.S.C. 5, § 501-505). Les juges fédéraux et autres fonctionnaires ne peuvent pas accepter d'honoraires pour faire un discours ou écrire

un article, activités qui sont susceptibles d'engager un temps minimum. Payer les juges dans ces conditions pourrait éveiller des soupçons quant à des motifs ultérieurs. Une autre loi exige que les juges et les autres hauts fonctionnaires fassent des rapports annuels sur leurs biens financiers (et sur ceux de certains membres de leurs familles), qu'ils sont obligés de soumettre à un contrôle public. Dans le cas des juges, le fait que les rapports soient à la disposition du public facilite l'application d'une autre loi (U.S.C. 28 § 455) qui demande aux juges de se récuser d'affaires dans lesquelles ils ont un savoir personnel ou un intérêt financier (défini comme étant « la possession d'un intérêt légal ou équitable, si petit soit-il » U.S.C. 28 § 455(a)(4) & (d)(4) [par exemple la possession d'actions en bourse]).

Outre ces dispositions statutaires fédérales, et des dispositions semblables dans les états, les systèmes judiciaires au niveau fédéral et des états ont adopté des codes de conduite judiciaire. Le code fédéral a sept canons et des dispositions secondaires détaillées qui conseillent les juges quant à la bienséance de servir dans des conseils et comités, d'être membres d'organisations privées susceptibles de pratiquer des discriminations individuelles, de parler en public, de s'associer avec des partis politiques et ainsi de suite. Un comité de la Conférence judiciaire rend des avis adressés aux juges en quête de conseils quant à l'application du code dans des situations déterminées. Bien que la loi n'impose pas aux juges de se conformer au code, presque tous les juges fédéraux s'efforcent de s'y conformer et les juges qui enfreignent ses dispositions sont passibles de mesures disciplinaires par les conseils des circonscriptions judiciaires.

4. Mesures visant à promouvoir la responsabilité publique

Les dispositions gouvernant l'office judiciaire qui sont le plus clairement conçues pour promouvoir la responsabilité

démocratique – il faut l’admettre, quelque peu au détriment de l’indépendance judiciaire – sont les méthodes par lesquelles les juges obtiennent et conservent leur office et les procédures de discipline et de révocation des juges. La supervision par le pouvoir législatif impose aux juges de justifier certains aspects de leur comportement et les exigences relatives aux rapports sur la charge de travail éclairent certains aspects du comportement judiciaire.

La sélection judiciaire. Certains pays européens et d’Amérique Latine confient la responsabilité du choix des juges à des conseils de juges, à des fonctionnaires membres des pouvoirs législatif et exécutif, à des universitaires et à d’autres. Le but est de limiter l’influence des autres branches du gouvernement sur le pouvoir judiciaire. La sélection des juges aux États-Unis utilise de plus en plus des commissions qui ressemblent de façon superficielle aux conseils dans d’autres pays. Aux États-Unis, ces groupes ont largement un rôle de conseil et ont une compétence spéciale plutôt que générale en matière d’administration du système judiciaire et de son personnel. Ils jouent essentiellement un rôle de conseil, ouvrant ainsi la porte à une participation substantielle du peuple ou de ses représentants.

Nomination des juges fédéraux par le Président. La constitution prévoit que le président « désignera, et avec le conseil et le consentement du Sénat, nommera les ambassadeurs, les autres ministres et consuls publics, les juges de la Cour suprême et tous les autres fonctionnaires des États-Unis [y compris les juges fédéraux d’appel et de district d’aujourd’hui] dont la nomination n’est pas prévue différemment et qui sera établie par une loi » (Article II, section 2).¹¹⁹

¹¹⁹ Les juges de la Cour suprême fédérale, les juges des cours d’appel et les juges de district jouissent tous de la titularisation et de la protection de l’article III. Cela couvre environ 900 sur les 1.700 et quelques juges fédéraux (y compris les juges retraités qui accomplissent

Le Congrès n’a ni promulgué des lois pour réglementer la nomination de juges à vie, ni adopté des exigences préliminaires relatives à l’âge, aux qualifications professionnelles ou à la formation. Le pays se fie à la procédure de sélection pour trier les candidats aux postes de juges fédéraux en vertu de leurs qualités et de leur intégrité.

Bien que les juges fédéraux soient généralement considérés comme les plus indépendants dans le monde, les partis politiques jouent un rôle important dans le processus de sélection. Pour pourvoir un poste vacant, le président reçoit des suggestions des dirigeants de son parti (principalement les sénateurs du Congrès des États-Unis) dans la région du poste vacant (et sur le plan national pour la Cour suprême). Près de 90 pour cent des candidats désignés par le président à un poste judiciaire sont au moins nominativement membres de son parti politique ; dans les quatre administrations les plus récentes, le pourcentage de juges qui étaient des membres actifs du parti allait de 73 pour cent (président Carter) et 56 pour cent (président Clinton) (Goldman et Slotnick 1999 :280). Cependant, des enquêteurs du gouvernement procèdent à un examen approfondi des données personnelles des candidats potentiels. Et depuis les années 1950, un comité spécial de l’Association du barreau américain procède à une évaluation détaillée de la compétence professionnelle de chaque candidat potentiel ; les candidats survivent rarement à un classement de « non compétence ». Le Comité judiciaire du Sénat procède à sa propre enquête sur chaque candidat présenté par le président. Après confirmation, les juges fédéraux honorent de façon presque universelle les

encore quelques fonctions judiciaires). Les juges de faillite et les magistrats sont choisis respectivement par les cours d’appel de leurs circonscriptions judiciaires et les juges de district de leur district, par une procédure appelée de « sélection suivant le mérite » en raison d’exigences officielles pour l’examen des qualifications.

dispositions du canon 7 du Code de conduite judiciaire des États-Unis qui leur impose de ne pas être titulaires d'un mandat dans des organisations politiques, appuyer des candidats, solliciter des fonds ou assister à des réunions politiques d'aucune sorte.

Certains commentateurs estiment que, comme chaque président choisit ses candidats presque exclusivement dans les rangs de son propre parti politique, les juges ainsi nommés sont en fait des fonctionnaires du parti qui siègent à la cour. C'est une accusation fréquente des observateurs étrangers, y compris ceux qui viennent de pays ayant des arrangements semblables à ceux des États-Unis, mais où les juges sont traditionnellement très dépendants de l'exécutif qui les a nommés. Certes, il existe une corrélation légère mais claire entre l'appartenance antérieure des juges fédéraux à un parti politique et les tendances de leurs décisions. Une analyse menée par Carp et Rowland d'une série de données de plus de 57.000 opinions publiées par des juges de district nommés par les présidents, de Woodrow Wilson à William Clinton, confirme, et cela sans surprise, que les décisions de juges qui avaient été démocrates étaient plus « libérales » que celles de juges qui avaient été républicains, bien que les différences demeurent limitées.¹²⁰

Qu'est-ce que ces différences suggèrent en matière d'indépendance judiciaire ? Presque rien ne prouve que ces tendances contraires dans les décisions reflètent un effort conscient des juges d'écarter des dispositions juridiques dominantes en faveur

¹²⁰ Par exemple, les décisions – non seulement sur des affaires jugées sans jury, mais aussi sur des motions pour admission de preuves et diverses règles procédurales – étaient en faveur de l'accusé dans les affaires criminelles, du régulateur dans les affaires de réglementation économique gouvernementale, et ainsi de suite. D'une façon générale, les juges démocrates prenaient des décisions « libérales » 48 pour cent des cas contre 39 pour cent des cas pour les juges républicains (Carp et Stidham, 1998).

des souhaits du président qui les a nommés ou de leur ancien parti politique mais plutôt que les juges, lorsqu'ils doivent traiter le nombre relativement restreint de cas où les précédents ou les faits ne sont pas concluants, s'appuient sur d'autres facteurs pour prendre une décision. Il n'est pas surprenant que ces décisions soient influencées par les mêmes conceptions de la vie et du droit qui influençaient leurs préférences pour un parti avant qu'ils deviennent juges. En fait, certains affirment que cette influence, comme elle est relativement limitée, est une fonction saine dans une démocratie. Comme l'a dit William Rehnquist, président de la Cour suprême des États-Unis (1996 :16), « comme le président et le Sénat ont tenu compte de la philosophie judiciaire probable de tout candidat à un poste dans un tribunal fédéral ... ceci représente une contribution populaire indirecte à la sélection des juges fédéraux. » (Le président de la Cour suprême comparait ce type de contribution avec les efforts pour influencer les décisions des juges par la menace d'une mise en accusation officielle « impeachment ».)¹²¹

Il ne fait aucun doute que parmi les 3.000 et quelques personnes ayant occupé un poste de juge fédéral depuis 1789, certains juges ont pris des décisions dans des affaires spécifiques en ayant soin de faire plaisir au président qui les avait nommés. Cependant, ceci rappelle inévitablement une longue liste d'exemples de juges qui ont déconcerté les présidents qui les avaient nommés. Le président Théodore Roosevelt, par exemple, se plaignait du juge Olivier Wendell Holmes en disant que « la politique nominale de l'homme n'avait rien à voir avec ses actions à la cour ... Holmes aurait dû être la personne idéale à la cour. En fait il a été une grande déception » (White 1993 : 307). Il ne fait aucun doute que les présidents Nixon et Clinton ont été déçus, lorsqu'une Cour

¹²¹ Cette vision bénigne de l'influence de l'affiliation à un parti sur les nominations de l'exécutif, ne s'applique pas nécessairement dans d'autres pays.

suprême unanime, y compris les juges qu'ils avaient eux-mêmes nommés, a décidé dans les deux cas respectifs, que le privilège exécutif ne protégeait pas les « cassettes du Watergate » (États-Unis contre Nixon, 1974) et que le président pouvait faire l'objet d'un recours en justice civile tout en étant en fonction (Clinton contre Jones, 1997).

Un argument final soutenant que le système des nominations pourrait compromettre une prise de décisions indépendante par des juges fédéraux nommés à vie ne tient pas à la loyauté envers ceux qui les ont nommés, mais au désir de plaire à ceux qui pourraient les nommer à un tribunal plus prestigieux. Au 18^{ème} siècle, les promotions judiciaires étaient très rares (Klerman, 1999 : 456). En revanche, 36 pour cent des 253 juges qui siégeaient dans les cours d'appel des États-Unis en l'année 2000, avaient d'abord occupé un poste de juge de district¹²² et sept des neuf juges de la Cour suprême des États-Unis étaient auparavant juges de cours d'appel fédérales. Les juges qui sont considérés pour une nomination à un tribunal d'instance plus élevée sont soumis à la même procédure de sélection et d'examen décrite plus haut. Il est plausible que la perspective d'une telle nomination puisse conduire certains juges à prendre certaines décisions pour s'attirer les faveurs de ceux qui sont chargés des nominations¹²³, et cette tendance a été observée dans deux études quantitatives de décisions de juges de district dans des affaires mettant en question la constitutionnalité de la commission

¹²² En date du 1^{er} juillet 2000. Le nombre inclut les juges actifs et les juges ayant le statut « senior » ou semi-retraité. Pour les juges en pleine activité, les chiffres sont de 52 sur 158, soit 32 pour cent. Les données proviennent de la base de données de l'Office de l'histoire judiciaire du Centre judiciaire fédéral.

¹²³ Lors d'une tribune publique, un juge fédéral admettait que « les juges de district plus jeunes aspirent à la cour d'appel et savent que leurs votes sont surveillés », tout comme le font les juges des cours d'appel qui aspirent à être nommés à la Cour suprême (Société judiciaire américaine 1996 : 81).

américaine des peines (Sisk, Heise et Morris 1998 : 1423-27 et 1487-93). Mais, d'un autre côté, il y a beaucoup plus de juges de district que de postes vacants dans les cours d'appel et beaucoup plus de juges d'appel que de postes vacants à la Cour suprême, et l'un des chercheurs de ce sujet était porté à conclure que « les chances de promotion du juge ordinaire sont si faibles qu'il est très improbable que le désir de recevoir une promotion affecte les décisions, sauf pour un tout petit nombre de juges » (Klerman 1999 : 456).

L'élection des juges. Au 19^{ème} siècle, la plupart des états ont remplacé la nomination des juges de l'état par le gouverneur par des élections avec ou sans appartenance à un parti. Les réformateurs judiciaires du 20^{ème} siècle ont cherché à remplacer le système des élections par des nominations par les gouverneurs à partir de listes de candidats désignés par des commissions de juges, d'avocats et de citoyens ordinaires (appelé « système de sélection selon le mérite »). Les juges ainsi sélectionnés se présentent à des « élections de maintien » périodiques dans lesquelles l'on demande aux électeurs non pas de choisir entre deux candidats mais simplement de voter « oui » ou « non » pour maintenir le juge à son poste. Ces divers efforts ont abouti à toute une mosaïque de systèmes de sélection parmi les états et même au sein d'un même état comme le montre le tableau 4 (extrait de Rottman, 1995, part II). Ce tableau est une approximation et non une liste précise.

La plupart des juges des États-Unis et des organisations de réforme des tribunaux considèrent les élections comme une mauvaise méthode de sélection des juges. Ils pensent que les juges peuvent être influencés par la crainte de représailles électorales contre des décisions qui sont conformes à la loi mais n'ont pas la faveur du public. Ils craignent également que les juges puissent compromettre leur indépendance en ayant des obligations envers ceux qui contribuent financièrement à leur campagne électorale.

TABLEAU 4 : Nombre d'états avec des méthodes de sélection judiciaire particulières * dans les 50 états, le District de Columbia et à Porto Rico

	Cour suprême	Tribunaux d'instance, compétence générale	Tribunaux d'instance, compétence spéciale***
Elections partisanses **	9	8	14
Elections partisanses puis élections de maintien**	1	4	0
Elections non partisanses**	13	17	12
Nomination par le gouverneur (sans commission)	2	2	2
Nomination par le gouverneur à partir d'une liste établie par une commission (avec, habituellement, élections de maintien)	15	10	3
Sélection par le corps législatif	4	3	1
Sélection par d'autres juges (par exemple, un tribunal d'instance plus élevée)	0	0	2
Autres (habituellement, variations des diverses méthodes)	8	8	15

Les données reflètent la présence de plus d'un tribunal dans certaines catégories dans certains états.

* La plupart des états imposent à leurs juges des qualifications officielles minimales liées à l'âge et à l'éducation (Rottman, 1995 : tableaux 5 et 7).

** Les juges dans les états qui utilisent les méthodes électorales obtiennent souvent leur premier poste par une nomination du gouverneur à un poste vacant. Dans certains états, c'est une tradition pour les juges qui sont en harmonie avec le gouverneur et qui envisagent de prendre leur retraite à la fin de leur mandat, de prendre une retraite anticipée pour permettre au gouverneur de nommer un successeur qui sera en exercice lors des prochaines élections.

*** Dans de nombreux états, il y a deux ou trois tribunaux à juridiction limitée. Les données présentées ici concernent les tribunaux les plus importants.

Les élections judiciaires offrent un paysage judiciaire compliqué, en partie à cause de nombreuses variations dans les types d'élections. Un juge de la cour suprême d'un état qui doit monter une vigoureuse campagne de médias contre un adversaire bien financé est dans une position différente d'un juge d'instance d'état qui fait face à une élection de maintien à basse visibilité.

Les élections judiciaires sont souvent l'objet de discours enflammés et pas toujours informés par des faits empiriques. Quelle influence les élections ont-elles sur les prises de décisions juridiques ? Les exemples abondent de juges qui font l'objet de campagnes pour faire échouer leur élection ou maintien à cause de décisions impopulaires. Trois cas bien connus sont les défaites de la présidente de la cour suprême de Californie Rose Bird et du juge Penny White de la cour suprême du Tennessee (les

deux en raison de décisions limitant la peine de mort) et le juge David Lanthier de la cour suprême du Nebraska (pour des décisions relatives à des lois limitant la durée des mandats des législateurs, des initiatives de votes des citoyens et à la loi de l'état en matière de meurtre au second degré) (Société judiciaire américaine - AJS, 1999 : 49-52). Il est raisonnable de supposer que ces expériences et d'autres expériences semblables¹²⁴, ont rendu certains juges plus prudents quand il s'agit de prendre des décisions qui ont des mérites juridiques certains mais sont impopulaires. Il existe également des preuves plus systématiques de l'influence des élections sur le comportement judiciaire. Par exemple,

¹²⁴ On trouvera d'autres exemples sur l'Internet à <http://www.ajs.org/cji/fire.html>, le site du Centre pour l'indépendance judiciaire de la Société judiciaire américaine.

Pinello a trouvé des différences dans les tendances des décisions prises dans six cours suprêmes de l'Est des États-Unis selon qu'il s'agissait de juges élus ou nommés. Par exemple, les juges qui ne devaient pas se présenter à une réélection ou un renouvellement de leur nomination, au moins dans une tradition d'appartenance partisane, étaient plus enclins à soutenir les droits des accusés criminels (Pinello, 1995 : 130-131). Ces observations suggèrent, sans toutefois le confirmer, que les élections injectent des facteurs non juridiques dans les prises de décisions judiciaires. Une étude des systèmes d'élections de maintien faite dans dix états (Aspin et Hall 1994 : 306) a trouvé que, bien qu'une majorité des 645 juges inclus dans l'étude préfèrent des élections de maintien à des élections classiques avec plusieurs candidats, ils étaient également d'avis que les élections de maintien influençaient le comportement judiciaire. Les effets spécifiques mentionnés variaient considérablement mais la plus grande réponse, donnée par le quart des personnes interrogées, était qu'avec un système d'élections de maintien, les juges devenaient plus sensibles à l'opinion publique qu'ils ne l'auraient été dans d'autres conditions.

D'un autre côté, les élections de maintien sont des élections incontestées (Burbank, 1999 : 332). Bien que Aspin et Hall aient trouvé que la sensibilité à l'opinion publique était un résultat essentiel des élections de maintien, très peu de juges des dix états étudiés ont admis que ces élections affectaient des décisions précises. (Sur les 60 pour cent des juges interrogés qui avaient répondu que les élections avaient une influence sur les décisions, 5 pour cent seulement estimaient que leurs condamnations étaient plus conservatrices à cause d'elles (312-313).

Un sujet lié aux élections tient au financement des campagnes électorales judiciaires. Le public peut-il avoir confiance en un juge pour prendre des décisions de façon indépendante, lorsque les avocats ou

les partis qu'ils représentent fournissent des fonds pour aider ce juge à obtenir ou conserver son poste ? La littérature étendue publiée à ce sujet (Eisenstein, 2000) n'établit pas de lien entre les décisions judiciaires et les contributions aux campagnes, mais elle documente les montants parfois substantiels versés comme contributions aux campagnes, tout particulièrement aux candidats à la cour suprême des états, et les sources de ces contributions. Par exemple, en 1997, quatre candidats à un seul siège vacant à la cour suprême de la Pennsylvanie ont reçu en moyenne 772.720 dollars en contributions pour leurs campagnes (Eisenstein, 2000 : 13), provenant principalement d'avocats. Une étude des élections à la cour suprême du Texas a conclu que le montant des contributions reçues par les candidats était le meilleur moyen de prédire lequel sera le candidat victorieux (Cheek et Champagne, 2000 : 23). (En 2000, deux groupes d'intérêt public ont intenté un procès devant la cour fédérale de district du Texas, aux motifs que le système des élections judiciaires de l'état permettait aux juges de recevoir des contributions de plaignants comparaisant devant eux, en violation du droit constitutionnel à un procès équitable [*Fort Worth Star-Telegram*, 4 avril 2000].)¹²⁵

Cependant, ici encore, le tableau est complexe. Les élections de maintien non disputées constituent une grande partie des activités électorales judiciaires. Aspin et Hall signalent que les juges qui sont passés par des élections de maintien ont eu des campagnes autofinancées et à bas prix, et 18 juges seulement sur les 645 qui participaient à l'enquête ont admis avoir reçu des fonds de l'extérieur (306). Certes, cette proportion serait probablement plus élevée pour des

¹²⁵ Selon une enquête récente mandatée par la Cour Suprême du Texas, « 83 pour cent des habitants du Texas pensent que les contributions aux campagnes électorales ont une influence importante sur les décisions judiciaires » *The Houston Chronicle*, le 9 avril 2000.

juges devant se présenter à des élections traditionnelles, face à d'autres candidats. En fait, une étude d'élections judiciaires partisans tenues dans les années 1980 dans l'Illinois, a montré que la plupart des juges n'avaient pas d'opposition, mais recevaient tout de même des contributions à leurs campagnes, variant de 17.000 à 35.000 dollars par élection (Nicholson et Nicholson, 1994 : 297).

Les observations telles que celles résumées ici suggèrent que les élections judiciaires et leur financement affectent dans une certaine mesure l'apparence et la réalité de l'indépendance judiciaire. Bien que la plupart des élections judiciaires se passent sans campagnes électorales coûteuses et controversées, les présidents des cours suprêmes de cinq états s'inquiétaient suffisamment de l'augmentation du nombre d'élections très disputées et très coûteuses pour convoquer une « réunion au sommet » pour tenter de faire quelque chose face à cette tendance. (Centre national des tribunaux d'états, 2000). De plus, on ignore combien les élections judiciaires contribuent à la responsabilité envers les citoyens. Faisant écho au débat plus vaste tenu aux États-Unis en matière de financement des campagnes électorales, en fait, ceux qui exercent leur droit de contribuer aux campagnes électorales judiciaires appartiennent principalement à un segment étroit du public : les avocats et cabinets d'avocats.

Discipline judiciaire et révocation. Bien que la constitution fédérale fournisse aux juges fédéraux un mandat tant qu'ils ont un « bon comportement », elle permet aussi la révocation de juges nommés à vie et autres fonctionnaires par le moyen de l'« impeachment » (c'est-à-dire la mise en accusation) par la chambre basse du pouvoir législatif et procès devant la chambre haute. Presque toutes les constitutions des états ont des dispositions semblables. Les bases de la mise en accusation au niveau fédéral sont vagues : trahison, corruption et autres crimes et délits » (article II, section 4). L'échec

d'une tentative, en 1804, de mettre en accusation un juge controversé de la Cour suprême à cause de ses actions judiciaires a montré à la plupart des observateurs que la disposition prévoyant un « impeachment » fédéral ne peut être utilisée que pour punir une faute judiciaire qualifiée (Rehnquist 1992 : 114). En outre, la mise en accusation et la condamnation sont des procédures laborieuses et qui prennent du temps. Pour ces deux raisons, dans l'histoire de la république, la Chambre des représentants n'a mis en œuvre la procédure que contre 11 juges fédéraux (7 d'entre eux ont été condamnés par le Sénat). Malgré des appels périodiques en faveur d'une utilisation accrue de la mise en accusation pour révoquer des juges qui, aux yeux de certains, auraient outrepassé leur autorité¹²⁶, il ne semble pas qu'on puisse voir à l'horizon une possibilité sérieuse de faire de l'impeachment un outil de discipline pour les décisions judiciaires.

De même, au niveau des états, l'impeachment est rarement utilisé. Cependant, il y a dans les états, des moyens supplémentaires de révoquer les juges, telles que des élections de rappel. Dix états ainsi que les Iles Vierges ont des dispositions de rappel pour les fonctionnaires des états, y compris les juges (*The Book of the States*, 2000-01 : tableau 5.23). Comme l'impeachment est un remède inapproprié pour la grande majorité des infractions judiciaires, les états ont créé, au sein de leur système judiciaire, des commissions pour la discipline et la révocation des juges. Dans certains états, ces commissions ne sont

¹²⁶ Par exemple, en 1997, le sous-comité de la Chambre des représentants sur les tribunaux et la propriété intellectuelle a tenu des audiences sur la question de savoir si « l'activisme judiciaire » était une infraction passible d'impeachment, au cours desquelles le chef de la majorité de la chambre, Thomas Delay a dit au sous-comité qu'il ne faut pas user de l'impeachment « à des fins partisans, mais lorsque les juges exercent des pouvoirs qui ne leur ont pas été confiés par la constitution, c'est un outil approprié ». (Chambre des représentants des États-Unis, 1997 : 16)

chargées que de l'enquête et transmettent l'accusation à d'autres organismes ; dans d'autres états, elles procèdent à l'enquête et peuvent prendre des mesures. Tous les organismes de ces états sont composés d'une combinaison de juges, d'avocats et de citoyens ordinaires.

Dans le système fédéral, les conseils régionaux de juges s'occupent des plaintes en matière de mauvaise conduite ou d'incapacité judiciaires. Toute personne peut porter plainte auprès du président de l'une des cours d'appel fédérales régionales en affirmant que tel juge fédéral de la région « s'est engagé dans un comportement préjudiciable à l'administration efficace et rapide des affaires du tribunal ... ou est incapable d'assumer toutes les fonctions de son poste par raison d'incapacité physique ou mentale » [U.S.C. 28 372 (c) (1)]. En 1999, près de 800 plaintes ont été déposées et presque toutes ont été rejetées, souvent parce que, contrairement à la loi, elles étaient « directement liées aux mérites d'une décision ou à une décision procédurale ».¹²⁷ Il arrive parfois que les conseils exercent leur autorité pour discipliner les juges, par exemple par une réprimande privée ou publique ou le retrait d'affaires, et les tribunaux ont généralement confirmé ces procédures et les dispositions statutaires sur lesquelles elles reposent lors de contrôles de constitutionnalité (McBryde contre Comité de révision, 1999). La situation est la même dans les tribunaux des états, où les commissions de comportement judiciaire rejettent en général plus de 90 pour cent des plaintes qui leur sont adressées chaque année (*AJS Judicial Conduct Reporter*, 1999 : 1) Certains juges ont exprimé leur

¹²⁷ Sur les 826 plaintes soumises pendant l'année se terminant au 30 septembre 1999, les présidents des cours d'appel en ont rejeté 406, dont 300 parce qu'elles étaient directement liées aux mérites d'une décision ou à une décision procédurale. Les présidents de ces cours ont fait suivre les autres 420 plaintes aux conseils de juges qui en ont rejeté 416 (les raisons de ces rejets nous sont inconnues.) (Source, rapport du directeur du bureau administratif, 1999 : 80-81).

inquiétude sur le fait que permettre à d'autres juges de déterminer, par exemple, si un juge est négligeant en assumant ses fonctions ou est grossier envers les plaignants, pourrait refroidir l'indépendance des prises de décisions (par exemple, Battisti, 1975). Cependant, une étude approfondie d'un échantillon au hasard de plaintes (non rejetées) examinées par les présidents des cours fédérales entre les années 1980 et 1991 n'a révélé aucun élément que les chercheurs auraient considéré comme une ingérence ou une menace sérieuse à l'indépendance judiciaire (Barr et Willging 1993 : 177-80).

Responsabilité poussée par la supervision du pouvoir législatif. Comme nous l'avons vu plus haut, les systèmes judiciaires des États-Unis sont responsables de leur propre administration, mais le pouvoir législatif conserve l'autorité de déterminer combien d'argent provenant des fonds publics sera dépensé chaque année dans les tribunaux et, au moins dans les grandes lignes, comment cet argent sera dépensé. De plus, le pouvoir législatif a souvent l'autorité constitutionnelle de modifier l'organisation et la juridiction des tribunaux. Le fait que le pouvoir législatif « tienne la caisse » et détienne, dans le système fédéral et dans certains états, l'autorité de structurer les tribunaux lui donne un rôle de supervision législative qui encourage une forme de responsabilité publique. Par exemple, au cours des quatre dernières années, à la demande du Congrès, le pouvoir judiciaire fédéral lui a présenté un rapport sur « l'utilisation optimale des ressources judiciaires » (Bureau administratif des tribunaux des États-Unis, 2000).

Responsabilité stimulée par les rapports statistiques. Les systèmes de rapports qui fournissent des statistiques décrivant l'activité judiciaire peuvent également promouvoir la responsabilité. Par exemple, ils peuvent indiquer combien d'affaires ont été portées devant les tribunaux, combien ont été traitées et quelles étaient les méthodes utilisées. Ces données peuvent

être comparées à des normes établies à l'avance (par exemple, pas plus de six mois doivent s'écouler entre la date à laquelle une grande affaire civile est présentée et la date à laquelle elle est traitée) ou encore servir à comparer les tribunaux. Le système judiciaire fédéral a l'un des systèmes de rapports les plus élaborés au monde (Office administratif des tribunaux des États-Unis) et de nombreux états ont également des systèmes de rapports très développés.

La plupart des systèmes de rapports ont pour objet de décrire la manière dont les affaires sont traitées. Ces rapports décrivent généralement l'activité globale (par exemple, de tout un tribunal d'instance) plutôt que de tel juge en particulier. Le fait de consigner ces données dans un rapport peut exercer une certaine pression sur les juges pour qu'ils changent leur comportement afin que celui-ci soit conforme à celui de leurs collègues. Certaines exigences des rapports poursuivent l'objectif spécifique d'un changement de comportement. Par exemple, en 1990, le Congrès a donné des instructions à l'Office administratif des tribunaux des États-Unis de publier, sur une base semestrielle, et pour chaque juge fédéral désigné par son nom, le nombre de motions en attente depuis six mois, le nombre de procès sans jury restés sans décision pendant plus de six mois et le nombre d'affaires en attente depuis plus de trois ans (avec les noms des affaires concernées) (U.S.C. 28 § 476). Il s'agissait ici d'encourager les juges à traiter les affaires avec une rapidité suffisante pour éviter l'embarras créé par un tel rapport. La législation fédérale, et des législations semblables dans les états ont probablement eu un peu le même effet, bien que ces exigences puissent être l'objet de manipulations. Par exemple, certains tribunaux avaient adopté une pratique qui consistait à accepter une notification par un avocat qu'il soumettrait une motion, mais donnait alors à la partie soumissionnaire 30 jours supplémentaires pour collecter tous les articles, dossiers et autres documents nécessaires pour que la motion soit

« complète », même si certains documents n'étaient pas nécessaires pour prendre une décision s'appuyant sur les mérites de l'affaire. Les tribunaux utilisaient alors la date de « soumission complète » comme date de départ de la période d'attente de six mois, au lieu de la date initiale de la motion, créant ainsi une extension de 30 jours pour décider de la motion. (La conférence judiciaire a interdit cette pratique ainsi que d'autres pratiques du genre.)

5. *Les attentes à caractère culturel*

Un autre facteur important décide de l'indépendance judiciaire aux États-Unis, et en plus de et peut-être malgré les nombreuses dispositions décrites plus haut. Il s'agit de l'attente culturelle selon laquelle les juges doivent agir de manière indépendante. Être juge aux États-Unis consiste à juger les affaires conformément à la loi et aux faits malgré la pression des parrains politiques et même de l'opinion populaire. « L'indépendance judiciaire », disait Stephen Breyer, juge de la Cour suprême des États-Unis (1993 : 3), « est en partie un état d'esprit, une question d'attente, d'habitude et de conviction, pas seulement entre les juges, les avocats et les législateurs, mais auprès de millions de personnes. » Cette attente est au plus fort en ce qui concerne l'intervention directe dans les affaires présentées. Une enquête de 1996 montrait que 84 pour cent des citoyens des États-Unis considèrent qu'il n'est « pas raisonnable » pour les acteurs politiques de chercher à influencer la décision d'un juge dans une affaire déterminée (Lou Harris & Associés, 1996). Il est certain que la presse est prête à dénicher et à publier tout tripotage de ce genre. Comme l'affirmait un juge fédéral au cours d'une conférence judiciaire de l'hémisphère, les médias auraient un véritable « jour de fête » s'ils apprenaient qu'un parti politique ou un agent du gouvernement avait essayé d'influencer la décision d'un juge dans la coulisse (Toruella & Mihn, 1996 : 975). Aux États-Unis, les tribunaux ne sont pas perçus

comme étant simplement des instruments de l'État. Au contraire, les tribunaux doivent être impartiaux, quelles que soient les parties et les sujets, et doivent faire respecter les droits des particuliers contre le gouvernement, même si la décision n'est pas populaire.

Alors que la plupart des gens pensent que des interventions de certaines personnes pour influencer des décisions judiciaires sont malvenues, des décisions prises par des juges contraires aux préférences de la grande majorité du public sont probablement moins populaires. Comme nous l'avons vu, les électeurs ont écarté certains juges d'états qui avaient agi ainsi et un juge fédéral a fait l'objet d'une demande d'impeachment en représailles à une décision controversée dans une affaire de drogues. Malgré ces exemples, le public américain a régulièrement exprimé un niveau élevé de tolérance pour les prises de décisions indépendantes. Des appels répétés pour limiter la durée du mandat des juges fédéraux ne sont jamais allés très loin et au cours des quelques dernières décennies, les états ont progressivement changé les systèmes de sélection des membres du judiciaire, pour s'écarter des élections partisans et passer à des commissions de désignation et des élections de maintien.

Dans la mesure où les gens ont des attitudes envers les tribunaux, le public a en général beaucoup de confiance envers le judiciaire. Selon une enquête Gallup faite fin 1998, les Américains ont plus de confiance envers le pouvoir judiciaire (78 pour cent lui ont accordé des notes élevées) qu'envers les pouvoirs exécutifs et législatifs du gouvernement (Organisation Gallup, 8 janvier 1998). De plus, maintenir cette confiance est un défi à relever par ceux qui choisissent les juges à tous les niveaux. Ce défi implique le fait de garantir que les juges sont non seulement compétents et honnêtes mais aussi que la composition des tribunaux reflète la structure démographique de la société. Ces efforts sont importants non pas pour que la loyauté envers les intérêts

démographiques l'emporte sur des prises de décisions indépendantes mais plutôt pour que tous les membres de la société soient assurés que les décisions judiciaires qui les affectent sont prises par un système judiciaire responsable devant la société et représentant toute la diversité de ses intérêts.

RÉFÉRENCES (tous les documents sont en anglais)

Office administratif des tribunaux des États-Unis, *Rapport annuel du directeur*, contenant l'article *Les affaires judiciaires des tribunaux des États-Unis*. (L'Office administratif publie ce rapport avec ses principaux tableaux depuis 1940, auquel de nombreux tableaux ont été ajoutés dans les années qui ont suivi.)

Office administratif des tribunaux des États-Unis (février 2000), *Utilisation optimale des ressources judiciaires*.

Association du barreau américain, Rapport de la Commission sur la séparation des pouvoirs et l'indépendance judiciaire (1997) : un corps judiciaire indépendant.

Société judiciaire américaine (AJS) (1996) « Qu'est-ce que l'indépendance judiciaire ? » (Compte-rendu édité d'un groupe de discussion à la réunion de la société en 1996) 80 *Judicature* 73.

Société judiciaire américaine (1999), Centre Hunter pour la sélection des juges : Rapport de recherche sur la sélection des juges, 1999.

Société judiciaire américaine (AJS) - Rapport sur le comportement judiciaire, hiver 1999.

Aspin, Larry T. et William K. Hall (1994) « Élections de maintien et comportement judiciaire », 77 *Judicature* 306

Baar, Carl (1975) : *Séparés mais subordonnés : la budgétisation des*

tribunaux dans les états des États-Unis
(Lexington books)

Barr, Jeffrey N. et Thomas E Willging
(1993) « Auto-réglementation décentralisée,
responsabilité et indépendance judiciaire
dans la Loi de 1980 relative à la conduite et
à l'incapacité judiciaire fédérale »
142.U.Pa.L Rev.25

Battis, Frank « Un judiciaire indépendant :
est-ce un rêve qui s'évapore ? » 24 Case
W.L. Rev 711.

Bermant, Gordon et Russell Wheeler
(1995) : « Les juges fédéraux et le pouvoir
judiciaire : leur indépendance et leur
responsabilité » 46 Mercer L. Rev. 835

Breyer, Stephen G. (1998), remarques
présentées lors du symposium de
l'Association du barreau américain « Les
remparts de la république : l'indépendance
et la responsabilité judiciaires dans le
système de la justice aux États-Unis. »
Disponible en version éditée, dans « Lois et
problèmes contemporains » 61.3.

Burbank, Stephen B. (1999) « L'architecture
de l'indépendance judiciaire » 72
S.Cal.L.Rev.315.

Cheek, Kyle et Anthony Champagne (2000)
« L'argent dans les élections à la Cour
suprême du Texas, 1980-1998 » 84
Judicature 20

Carp, Robert et Robert Sidham (1998) *Le
Processus judiciaire aux États-Unis*, 4^{ème}
édition (Publications trimestrielles du
Congrès).

Eisenstein, James (2000) « Le financement
des candidats à la Cour suprême de
Pennsylvanie » 84 *Judicature* 10 (2000)

Loi de 1978 relative à l'éthique dans le
gouvernement, telle qu'amendée, Code des
États-Unis, annexe.

Fish, Peter Graham (1973) *La politique de
l'administration judiciaire fédérale* (Presses
Universitaires de Princeton)

Fort Worth Star-Telegram « Procès intenté à
l'État au sujet des élections judiciaires, le 4
avril 2000.

Goldman, Sheldon et Eliot Slotnick (1999)
« Le judiciaire sous le second mandat de W.
Clinton » 82 *Judicature* 264.

Hensler, Deborah R. (1999) « Avons-nous
besoin d'un programme de recherche
empirique sur l'indépendance judiciaire ? »
72 S.Cal.L.Rev.707

Klerman, Daniel (1999) « Non-promotion et
indépendance judiciaire » 72 US.Cal.L.Rev.
455

Legal Times « Soucis croissants au sujet des
élections judiciaires » 27 novembre 2000.

Lou Harris & Associés (août 1996), enquête
menée pour l'Association du barreau
américain, division des relations avec les
médias et des affaires publiques, se trouve
sur l'Internet à l'adresse :
<http://www.abanet.org/media/august96/graphs.html>

Centre national pour les tribunaux d'état
(2000) « Appel à l'action, Déclaration du
sommet national pour l'amélioration de la
sélection judiciaire », (tel que consulté le 19
septembre 2001) sur l'Internet à l'adresse :
www.ncsc.dni.us.html

New York Times « Une campagne disputée
pour les tribunaux de l'Ohio place les juges
sur un terrain nouveau », 2 juillet 2000, à
A11.

Nicholson Marlene et Norman Nicholson
(1994) « Le financement des campagnes
judiciaires dans l'Illinois » 77 *Judicature*
294.

Pinello, Daniel R. (1995) « L'impact des
méthodes employées pour la sélection

judiciaire sur la politique de la Cour suprême de l'État : Innovation, Réaction, atrophie. » (Presses Greenwood).

Posner, Richard A. (1996). *Les tribunaux fédéraux, défi et réforme* (Presses Universitaire de Harvard)

Rehnquist, William H. (1999) [Président de la Cour suprême des États-Unis], remarques à la réunion annuelle de l'Institut juridique américain, le 15 mai 2000, se trouve sur l'Internet à l'adresse : http://www.supremecourtus.gov/publicinfo/peeches/sp_50-15-00.html

Rehnquist, William H. (1996) remarques du Président de la Cour suprême des États-Unis, Collège de droit de Washington (American University), Panel universitaire plénier pour la célébration du centenaire : l'avenir des tribunaux fédéraux, le 9 avril 1996.

Rehnquist, William H. (1992) : *Grandes enquêtes : les mises en accusation (impeachment) historiques du juge de la Cour suprême Samuel Chase et du Président Andrew Johnson* (William Morrow et Co.)

Rapport du directeur de l'Office administratif des tribunaux des États-Unis (1999)

Robinson, Clay « Aucune voie n'est facile pour changer la sélection judiciaire » Houston Chronicle, 9 avril 2000.

Rottman, David B., Carol Flango, R. Shedine Lockley (1995). L'organisation des tribunaux des États. (Département de la Justice, Bureau des statistiques judiciaires).

Shafroth, Will, « Une nouvelle machinerie pour une administration efficace des tribunaux fédéraux » 25 Journal de l'Association du barreau américain 738 (1939)

Sisk, Gregory C., Michael Heise et Andrew Morris (1998) « Le graphique de l'influence

sur l'esprit judiciaire : une étude empirique du raisonnement judiciaire » 73 N.Y.U.L.Rev. 1377

Tortuella, Juan et Michael Mihn (1996), « Préface » à la Conférence des Cours suprêmes des Amériques, 40 St Louis, U.L.Rev 969.

The Book of States (Le livre des états), édition de 2000-2001.

Organisation Gallup (8 janvier 1999), « Le public conserve un degré de confiance élevé envers le gouvernement fédéral » disponible sur l'Internet à l'adresse : <http://www.gallup.com./poll/releases/pr990108.asp>

Bureau des États-Unis pour les statistiques du travail (2000) « Emploi couvert et salaires », tableau 1 disponible sur l'Internet à l'adresse : <http://stats.bls.gov/news.release/annpay.nr0.htm>

Chambre des représentants des États-Unis (1997) : « Mauvais comportement et discipline judiciaires ». Dépositions devant le sous-comité sur les tribunaux et la propriété intellectuelle, Comité judiciaire, le 15 mai 1997.

Wheeler, Russell (1988), *L'administration judiciaire et sa relation avec l'indépendance judiciaire* (Centre national des tribunaux des États)

White, Edwards G. (1993) « Olivier Wendell Holmes, juge de la Cour suprême (Presses Universitaires d'Oxford)

Jurisprudence

Clinton contre Jones, 520 U.S. 681 (1977)

McBryde contre Comité de révision des ordres d'incapacité du Conseil de la circonscription judiciaire, 83 F.Supp.2d. 135 (1999)

États-Unis contre Nixon, 418 U.S. 683
(1974)

Williams contre États-Unis, 48 F.Supp 2nd 52
(1999)

IV. PRINCIPAUX THÈMES

A. **Indépendance judiciaire et responsabilité judiciaire : l'équilibre changeant des buts de la réforme**

par Linn Hamnergren

1. *Introduction*

Pendant quelques dizaines d'années, l'augmentation de l'indépendance judiciaire était considérée comme un élément essentiel pour renforcer la performance du système judiciaire. Plus récemment, un autre élément s'est joint à l'indépendance, à savoir l'exigence de plus de responsabilité, et certains critiques affirment que, sans ce second facteur, la poussée vers l'indépendance risquerait d'aller trop loin, ce qui pourrait poser de nouveaux problèmes. Cette exigence tombe sur certains corps judiciaires comme une mauvaise surprise. Ayant enfin échappé au contrôle de l'exécutif, du législatif, des partis politiques et des élites non gouvernementales, les corps judiciaires se retrouvent maintenant face à des exigences portant sur de nouvelles responsabilités. On ne sait pas toujours ce que ça représente, mais les juges considèrent souvent ce cours des événements comme une menace à une indépendance nouvellement acquise.

Les études de cas présentées dans ce manuel offrent divers exemples de ces nouvelles exigences ou préoccupations qui concernent, surtout dans certains pays d'Europe, l'affiliation et les activités politiques de leurs juges.¹²⁸ A cet égard, on peut citer les plaintes relatives à la capacité sans précédent des magistrats italiens de structurer leurs propres institutions et de déterminer quels délits et quels délinquants feront l'objet d'une enquête ; des

¹²⁸ Il est intéressant de noter que les articles d'information générale suggèrent que l'activisme politique des juges soit socialement mieux acceptée en Europe et en Afrique qu'en Amérique Latine.

discussions, principalement dans le monde développé, mais qui augmentent dans les pays en voie de développement, sur le rôle des tribunaux lorsqu'ils viennent invalider de nouvelles lois et de nouvelles politiques ; les critiques sur l'isolement du pouvoir judiciaire par rapport aux réalités sociales. Ces études de cas suggèrent également (voir l'article sur l'indépendance judiciaire aux États-Unis) que cette exigence de responsabilité n'est pas entièrement nouvelle ; l'adoption au 19^{ème} siècle d'élections judiciaires aux États-Unis provient en partie de la crainte que les juges, qui appartenaient clairement à l'élite de la société, pourraient trop probablement représenter les intérêts de leur classe, même sans être soumis à des pressions plus directes.

A l'heure actuelle, les idées concernant les questions spécifiques qui devraient être étudiées pour la responsabilité, quelle forme doit-elle prendre et à qui doit-elle s'adresser, sont beaucoup moins développées que les notions relatives à l'indépendance. Il ne fait aucun doute que ceci augmente leur sensibilité au cadre contextuel, ce qui se traduira par une variation encore plus grande dans les réponses nationales à ces questions. Tout comme pour l'indépendance, on a tendance à supposer qu'il existe un accord sur la signification du terme, ce qui fait que la responsabilité est rarement définie de façon explicite. Comme nous le verrons plus loin, la responsabilité (ou le fait d'avoir des comptes à rendre) ne doit pas être entendue comme étant diamétralement opposée à l'indépendance ; l'interaction des deux concepts est plus complexe. Cependant, la tendance à travers le monde à augmenter l'indépendance judiciaire a posé de nouvelles questions qui, à leur tour, ont suscité un nouvel intérêt envers la responsabilité comme moyen de les aborder. Les discussions actuelles ont tendance à souligner quelques-uns des thèmes suivants :

- La crainte que le pouvoir judiciaire, en tant qu'entité corporative, puisse exercer un contrôle excessif sur sa

propre composition, créant ainsi une caste qui se perpétue et se protège.

- La crainte que la suppression des contrôles extérieurs traditionnels puisse accorder au pouvoir judiciaire une liberté sans précédent qui pourrait mener à des abus dans la gestion de ses propres ressources.
- La crainte que la capacité des juges d'interpréter les lois lorsqu'ils les appliquent puisse leur donner un pouvoir excessif en restructurant le cadre juridique selon des valeurs et des opinions qui ne sont partagées ni par le public, ni par les autres branches du pouvoir.
- La crainte que les mécanismes institutionnels servant à définir les normes et à contrôler et corriger le comportement judiciaire ne conviennent pas.

Lorsque ces problèmes se posent, on pourrait y remédier en réduisant à nouveau l'indépendance institutionnelle et en réimposant plus de contrôles à caractère traditionnel, mais sous une forme améliorée. La responsabilité représente un différent type de solution, à savoir, l'exigence qu'un organisme plus ou moins indépendant vienne expliquer et justifier ses actions, de préférence par rapport à des règles ou critères préétablis et largement acceptés. On peut supposer que le fait de ne pas le faire ou de refuser de le faire déclenche une certaine réaction, bien que, comme nous le verrons plus loin, on ignore encore ce que cette réaction pourrait signifier pour le pouvoir judiciaire. La réaction possible ajoute du poids à la responsabilité. La logique qui se trouve à l'origine de la question de la responsabilité est que des organisations qui ont des comptes à rendre et doivent expliquer leurs actions seront d'emblée moins susceptibles de faire des erreurs.

Comme la responsabilité est un élément relativement nouveau dans les discussions relatives à l'amélioration de l'indépendance judiciaire, elle est également relativement moins développée même dans des systèmes juridiques matures. Ceci suggère que cet élément ne doit être abordé qu'après la résolution des autres questions. Cependant, les derniers venus dans la réforme judiciaire, tout comme les derniers venus dans d'autres domaines, pourraient ne pas avoir le luxe de traiter leurs problèmes par ordre chronologique. Si la responsabilité est déjà un problème, on devra s'en occuper avec les éléments plus conventionnels du développement institutionnel normal. Et comme le traitement simultané de ces questions peut mener à une certaine confusion des diverses fins et des divers moyens, il convient d'examiner de plus près les liens entre ces éléments et les autres objectifs qui leur sont attachés.

2. *Relations entre l'indépendance et la responsabilité*

Dans la discussion de ces concepts, deux questions se posent souvent : ces deux éléments sont-ils inévitablement en conflit ou n'ont-ils vraiment pas les mêmes frontières ? Ces questions, qui semblent suivre des directions opposées, proviennent d'une tendance commune à définir l'indépendance et la responsabilité en termes de relations entre les branches du pouvoir. Certes, si le pouvoir judiciaire est à la fois indépendant et responsable devant l'exécutif et le législatif, les arguments semblent tourner en rond. Cependant, si l'indépendance est correctement perçue comme définissant principalement les relations entre le pouvoir judiciaire et le gouvernement (et accessoirement entre le pouvoir judiciaire et les élites puissantes), on comprend mieux la notion de responsabilité judiciaire qui, comme c'est le cas pour le reste du gouvernement, est la responsabilité institutionnelle envers la société civile et politique. Ainsi, tandis que les autres branches du gouvernement jouent

un rôle crucial en mettant en œuvre la responsabilité judiciaire (en exigeant, par exemple, que les rapports soient présentés à temps) et en imposant des sanctions lorsque la réponse est inacceptable (comme en témoignent les demandes de mise en accusation – ou « impeachment » – d'un juge, de redéfinition des limites des pouvoirs juridiques ou encore d'annulation de l'utilisation de fonds budgétaires), la question de fond est dans quelle mesure le pouvoir judiciaire est responsable devant et sert la société dans son ensemble ?

On peut également distinguer l'indépendance de la responsabilité en plaçant ces relations dans le temps. L'indépendance est centrée sur un contrôle préalable aux actions judiciaires, à savoir la mesure dans laquelle des forces extérieures influencent les décisions que le pouvoir judiciaire doit prendre. La responsabilité est le contrôle après coup, et désigne l'exigence pour le pouvoir judiciaire de rendre des comptes et d'expliquer ses opérations administratives et fonctionnelles et leurs résultats. Il est évident que le fait de savoir que l'on devra justifier ses actions peut influencer le contenu de ces actions. Cette influence dépendra des critères utilisés pour évaluer les actions et il est donc extrêmement important que l'on se mette bien d'accord sur les normes avant les faits et maintienne des contacts continuels pour voir si ces critères conviennent encore. La responsabilité fixe des limites théoriques à la liberté d'action du pouvoir judiciaire mais ces limites sont loin d'être arbitraires. Alors qu'une indépendance judiciaire insuffisante peut l'empêcher d'agir conformément à la loi, la responsabilité exige que le pouvoir judiciaire justifie ses actions quant au respect de la loi. Quelle que soit la tension qui puisse se développer entre ces deux éléments, en un sens, la responsabilité aide également à renforcer l'indépendance. Le besoin de rendre compte de ses actions peut rendre le pouvoir judiciaire moins vulnérable aux pressions extérieures parce que, dans la plupart des cas, les prétextes du

genre « c'est à cause du président » ne seront pas acceptables.

Bien que la responsabilité et l'indépendance puissent être dirigés vers le même type d'actions judiciaires, le côté juridique de la responsabilité signifie qu'elle est moins centrée sur les résultats et les décisions (qui sont au cœur de l'indépendance) que sur le respect des procédures. Ceci s'applique aux actions administratives et opérationnelles ainsi qu'à toute la série d'actions purement juridictionnelles, et pas seulement aux deux ou trois décisions qui attirent l'attention. Les nombreuses choses sur lesquelles le pouvoir judiciaire aura des comptes à rendre sont loin d'être celles qui importent aux yeux de ceux qui cherchent à éroder son indépendance, par exemple, le respect des règles des nominations, les normes de passation des contrats, la rémunération du personnel administratif, les sources de revenus des juges et la façon dont ils utilisent les fonds publics. Cependant, ces mêmes détails peuvent être en conflit avec l'opinion que le pouvoir judiciaire se fait de ce que signifie être indépendant. C'est peut-être plus aux yeux des juges qu'il semble que l'indépendance et la responsabilité soient en conflit. Mais il ne s'agit pas seulement des juges ; pratiquement, tout groupe professionnel auquel on demande de rendre des comptes sur ses actions pourrait probablement soulever les mêmes objections.

On considère d'habitude que le fait d'avoir des comptes à rendre est un moyen de combattre la corruption judiciaire, mais ici encore, la relation est plus complexe. Si la corruption était le seul souci, le pouvoir judiciaire britannique, reconnu comme étant le plus honnête dans le monde, ne se retrouverait pas face aux exigences actuelles que ses opérations soient plus transparentes aux yeux du public.¹²⁹ Ainsi, la

¹²⁹ Les moyens assez informels et très opaques par lesquels les juges sont choisis en Grande Bretagne sont maintenant la cible de nombreuses plaintes. Alors que le système garantit des

responsabilité vise à contrôler un éventail plus large de problèmes de performance, en particulier la question plus vaste de savoir si les actions du pouvoir judiciaire correspondent aux normes de la société, dont certaines sont définies dans la loi et d'autres sont de nature moins officielle. De plus, la responsabilité, en soi et par soi, n'est pas le bon remède à la corruption.¹³⁰ Là où la corruption est le problème, le changement nécessaire aura trois dimensions : la responsabilité plus l'indépendance plus le renforcement institutionnel.¹³¹ Un pouvoir judiciaire qui rend compte de ses actions peut fort bien ne pas pouvoir contrôler le comportement de ses membres (et nécessite donc un renforcement institutionnel). Ce pouvoir judiciaire, ou ses membres, peuvent encore être vulnérables aux pressions extérieures si, par exemple, les nominations, la sécurité des postes et les salaires n'ont pas un niveau de protection suffisant.

3. *La demande pour une plus grande responsabilité*

La demande pour une plus grande indépendance judiciaire a une histoire plus longue que celle de la responsabilité. L'indépendance est considérée comme

normes élevées de performance, il semble que ce ne soit plus ce qui importe aux yeux du grand public. Voir Kate Malleson pour une étude des arguments et des spéculations quant à l'origine de ce changement.

¹³⁰ Une source de confusion évidente est l'utilisation du terme « transparence » comme un moyen poli de se référer aux questions relatives à la corruption. La transparence constitue un élément majeur de la responsabilité, mais comme elle, elle n'est qu'un des éléments pour combattre la corruption.

¹³¹ Ceci pourrait être ce que Konner entendait par autonomie fonctionnelle. Mais en tout cas, pour qu'un pouvoir judiciaire puisse bien fonctionner, il a évidemment besoin de pouvoir contrôler ses propres opérations internes, et de les protéger contre les influences extérieures. La responsabilité ajoute la capacité d'avoir un niveau de performance à la hauteur des attentes de la société et pas seulement de ses propres normes.

nécessaire en raison de l'idée qu'un système judiciaire efficace et légitime doit être libre de pressions extérieures pour accomplir sa mission. La plainte selon laquelle l'indépendance peut mener à ses propres abus est beaucoup plus récente, tout comme l'argument selon lequel le pouvoir judiciaire, comme les autres branches du gouvernement, doit répondre de ses actions. Cinq facteurs sont à l'origine de ce développement :

- L'éclatement du mythe selon lequel le rôle du pouvoir judiciaire peut se limiter à l'application neutre de la loi et la reconnaissance que, même dans des systèmes où en théorie cela ne devrait pas se produire, le pouvoir judiciaire occupe une place importante en décidant ce qu'est la loi et quand et où elle doit être appliquée.
- L'importance croissante des décisions judiciaires ordinaires et de leur impact sur la vie des citoyens. Même, ou peut-être surtout, à l'ère de la réduction des interventions gouvernementales, l'augmentation du nombre et des types de conflits sociaux et le fait de s'en remettre à la loi pour les résoudre, donne au pouvoir judiciaire un pouvoir plus étendu.
- La naissance de démocraties constitutionnelles qui s'en remettent aux tribunaux pour contrôler les actions des autres branches du gouvernement et pour trancher les conflits entre les diverses branches et les conflits entre elles et les citoyens.
- Des changements dans les attitudes du public envers l'autorité publique. Le pouvoir judiciaire pourrait être le dernier à le sentir, mais dans les sociétés démocratisées, les citoyens s'attendent à ce que leurs

représentants officiels viennent expliquer leurs actions et ne les croient plus sur parole. Les décisions arbitraires, qu'elles soient prises par l'exécutif, le législatif ou les tribunaux ne sont plus acceptées.

- La croissance des systèmes judiciaires eux-mêmes, de façon que les systèmes informels de contrôle interne et de prises de décisions ne garantissent plus des résultats prévisibles et standardisés.

En résumé, le fait de souligner la responsabilité est la conséquence de la nouvelle importance accordée au pouvoir judiciaire, à une époque où l'état de droit, plutôt que l'intervention arbitraire du gouvernement, est le moyen de maintenir le contrôle social, et là où ce contrôle est lui-même menacé par de nouvelles formes et de nouvelles dimensions des conflits dans la société. L'envergure de la demande peut aussi dépendre du contexte culturel. Les cultures qui favorisent encore l'autorité traditionnelle pourraient avoir moins tendance à exiger la transparence dans les actions des juges. Dans la tradition du droit civil, le sentiment persistant que les juges ne font qu'appliquer la loi peut également diminuer la demande. Ici, les limites à la liberté d'action des juges peuvent être définies en ajoutant des lois plutôt qu'en veillant à ce que le pouvoir judiciaire se conforme à ce qui existe déjà. D'une façon générale, croire qu'il est possible de limiter un comportement problématique en réduisant encore plus les domaines de liberté d'action juridique semble déplacé.¹³² Cependant, dans certains contextes, cette approche pourrait être culturellement

¹³² Cet argument contredit directement la formule de Klitgaard (corruption égale monopole plus liberté d'action moins transparence). Cependant, cette formule semble mieux convenir à une bureaucratie de commande de type Weberien et non aux organisations (et systèmes judiciaires) « orientées vers les résultats » que l'on s'efforce de bâtir aujourd'hui.

préférable et, pour cette raison, satisferait tout le monde.¹³³

4. Les quatre éléments de la responsabilité

Les recommandations habituelles pour augmenter la responsabilité ne sont généralement pas différentes pour le pouvoir judiciaire que pour les autres entités du secteur public. En règle générale, elles correspondent aussi aux quatre préoccupations soulevées plus haut et font appel aux mécanismes suivants.

- Des systèmes transparents pour le choix des juges avec des critères rendus publics et un débat ouvert sur leur application.
- La transparence des opérations internes et leur soumission à des règles préétablies ; les budgets, l'utilisation des ressources, les salaires, les déclarations des biens, les normes de comportement et d'évaluation doivent être officiellement établis et mis à la disposition du public.
- La transparence des décisions judiciaires, des registres publics, des comptes rendus de séances et la publication des sentences.
- Des systèmes fonctionnels pour enregistrer les plaintes sur les opérations institutionnelles ou le comportement de membres individuels.

Tous ces mécanismes ont également une importance vitale pour des objectifs de

¹³³ L'étude de l'Allemagne faite par Konner est édifiante à ce sujet. Sa description indique un effet combiné de la confiance envers l'autorité et de la confiance envers le respect de la loi et, par conséquent, une attitude moins cynique que le reste de l'Europe et les États-Unis envers les abus possibles des juges.

réforme plus étendus et ont été examinés sous cet angle dans d'autres sections de ce manuel. L'étude qui suit s'efforce, parfois sans grand succès, de n'aborder que les aspects les plus directement liés à la responsabilité.

Les systèmes de sélection sont ceux qui ont reçu le plus d'attention, bien que ce soit habituellement pour leur impact sur l'aspect indépendance. Dans de nombreux pays, le pouvoir judiciaire lui-même a reçu un droit accru d'exprimer ses opinions sur la façon dont ses membres sont choisis. Un arrangement alternatif consiste à laisser la sélection ou la présélection¹³⁴ aux soins d'une commission ou d'un conseil extérieur, lui-même composé soit de juges, soit de représentants de l'ensemble de la communauté juridique. Alors qu'il s'agit d'une tendance accessoire pour souligner le côté « mérites » des nominations, la nouvelle demande exige du mécanisme tout entier plus de transparence et d'ouverture, si ce n'est à la participation réelle du grand public, au moins à sa surveillance. Comme dans d'autres professions, le dilemme consiste ici à savoir où placer l'équilibre entre la capacité supposée des professionnels d'évaluer leurs propres collègues et le danger de ne servir que les intérêts de la profession (qu'il s'agisse des juges ou de l'ensemble de la communauté juridique). Peu de réformateurs ont été jusqu'à recommander des élections populaires, qui soulèveraient leurs propres problèmes de responsabilité et d'indépendance. Parmi les suggestions les plus courantes, on note la publication des critères et du classement des candidats, l'inclusion des observations du public dans les évaluations elles-mêmes ou l'occasion d'avoir une discussion publique des

¹³⁴ Même dans des pays où, comme aux États-Unis, la sélection est faite par des nominations politiques ou des élections, on a de plus en plus tendance à adopter un système informel de préparation de listes dirigé par un conseil ou un comité chargé de veiller à la qualité du processus.

résultats. Les améliorations suggérées répondent à deux préoccupations : la nature fermée de nombreux systèmes de sélection (et la tendance d'introduire par-là des critères subjectifs, peut-être au détriment de l'indépendance individuelle), et la possibilité qu'un contrôle exclusivement professionnel ne reconnaisse pas les intérêts légitimes des clients et des usagers extérieurs.

L'augmentation de l'indépendance a, dans de nombreux cas, offert au pouvoir judiciaire la possibilité de gérer des ressources, qui, autrefois, étaient gérées par d'autres entités (par exemple, les ministères de la justice). Malheureusement elle a également augmenté les opportunités de gaspillage ou de pratiques abusives. Même les juges qui portent le plus grand soin à exercer leurs fonctions professionnelles, peuvent, soit par manque d'expérience, par ignorance et, à l'occasion, avec de mauvaises intentions, gérer les questions financières et administratives de façon plus cavalière. Ici, et avec des éléments tels que l'obligation de déclarer les sources de revenu, d'éviter les contacts inappropriés avec les parties d'un litige juridique ou d'utiliser les véhicules ou tout autre bien appartenant au tribunal, les juges ont parfois le sentiment que l'indépendance judiciaire doit l'emporter sur la supervision externe. De nombreux systèmes judiciaires maintiennent des statistiques relatives au volume de travail ou toute autre mesure de la performance, sans les publier, soulignant à nouveau le besoin de protéger leur indépendance. Dans de nombreux pays, on discute encore sur la question de savoir si les juges ou le pouvoir judiciaire dans son ensemble doivent être soumis aux mêmes normes de responsabilité que le reste du secteur public pour les détails administratifs et opérationnels. En fin de compte, le résultat spécifique variera d'un pays à l'autre, mais en général la tendance actuelle est d'unifier les normes. Lorsque les normes qui s'appliquent aux tribunaux sont moins strictes ou laissent aux tribunaux le soin de décider, ceci n'a généralement pas aidé à

améliorer l'image du pouvoir judiciaire aux yeux du public ou la confiance du public envers la qualité de la performance judiciaire dans son ensemble.

Dans le domaine des décisions judiciaires, le conflit entre l'indépendance et la responsabilité se place dans un domaine plus délicat. C'est une chose de dire à des juges qu'ils auront des comptes à rendre sur l'utilisation de leur budget, qu'ils doivent se soumettre aux procédures habituelles d'audit, et même publier des statistiques sur le volume de travail des tribunaux. Cela en est une autre d'exiger qu'ils expliquent leurs jugements d'une manière qui ne soit pas traditionnelle. Cette tradition elle-même est sujette à des variations considérables. Elle exige souvent que les juges préparent des explications écrites sur la façon dont ils sont arrivés à leur décision. Cependant, cette explication peut ne pas être à la disposition du public et la décision elle-même peut n'être remise qu'aux parties. Dans certains cas, c'est à cause de contraintes de ressources qui peuvent poser de véritables problèmes, mais dans de nombreux autres cas, c'est tout simplement que le juge préfère éviter la surveillance et la critique du public. Les systèmes judiciaires qui ont adopté une attitude plus ouverte peuvent parfois avoir des moments désagréables, mais il y a toute une série d'échanges positifs. Les tribunaux ont trouvé que c'est un moyen de combattre la corruption, d'améliorer la qualité de leur travail et de renforcer la compréhension du public.¹³⁵ En principe, ceci devrait également décourager un recours inutile aux services judiciaires parce que les parties ont une meilleure idée de ce qui pourrait en résulter. Il convient de

¹³⁵ Par exemple, en Argentine, les tribunaux fédéraux civils ont commencé à publier les jugements comme moyen de standardiser les dédommagements. Ceci vise à encourager le règlement des affaires en dehors du tribunal (et de réduire ainsi la congestion) et à décourager les pots-de-vin (parce que les parties adverses et le juge savent que des résultats inhabituels ne passeront pas inaperçus)

souligner qu'il ne s'agit pas de soumettre les juges individuels à une sorte de responsabilité publique spéciale pour chacune de leurs décisions, mais plutôt simplement l'exigence que leurs jugements soient connus dans le cadre du déroulement normal des événements. Et, fait qui pourrait peut-être nous surprendre, ce n'est pas une chose que chaque système judiciaire exige automatiquement.

Même dans les meilleures circonstances possibles, il y aura toujours des juges pour enfreindre les règles et des parties qui croiront, à raison ou à tort, que leur juge a agi de la sorte. Et, hormis le juge, certains membres du personnel administratif peuvent également être soupçonnés de mauvaise conduite. Comme dans toute autre profession, le pouvoir judiciaire a préféré aborder ces problèmes en privé et parfois même ne pas les reconnaître. Cependant, le public exige de plus en plus que le problème soit non seulement reconnu et abordé, mais que ce soit fait de façon transparente. Il existe des différences importantes entre les systèmes nationaux, et entre leurs pouvoirs judiciaires et leurs publics, quant aux normes de comportements acceptables, aux sanctions qui doivent être appliquées, à la façon dont elles seront appliquées et à qui les appliquera. La tradition de se fier à la hiérarchie judiciaire pour s'occuper de ces questions est de plus en plus considérée comme insuffisante, ce qui diminue l'indépendance des juges individuels et peut encourager la formation de réseaux d'influence internes¹³⁶ et, à l'occasion, la corruption. D'autres innovations ont été suggérées, par exemple la nomination d'un ombudsman judiciaire ou la création d'offices d'inspection qui fonctionnent en dehors de la hiérarchie judiciaire et parfois en dehors du judiciaire lui-même. Confier

¹³⁶ En particulier, ceci a fait l'objet de plaintes de l'association des juges de France, non pas à cause de la corruption, mais à cause de la perception du besoin de plaire à ses supérieurs et de façonner les décisions et tous autres comportements conformément à leur goût.

ces responsabilités à des conseils de la magistrature a été une autre tactique, mais avec les mêmes plaintes quant aux pressions de la hiérarchie (peut-être parce qu'en fin de compte, le conseil se fie à la hiérarchie normale pour s'occuper de la condition des juges et des employés aux niveaux subalternes). La question de l'examen des plaintes et de la discipline est une question particulièrement délicate, parce que, et ce n'est pas la moindre raison, c'est là un moyen évident de faire pression sur les juges dont les décisions vont à l'encontre des préférences de leurs collègues ou de leurs clients. Cependant, outre l'impact du changement d'attitude au sujet des comportements acceptables et de l'auto-surveillance professionnelle, un processus plus transparent peut également offrir une plus grande protection au juge individuel, qui, sans cela, est à la merci du consensus institutionnel.

5. *Mécanismes et préoccupations*

Étant l'un des derniers secteurs publics à devoir rendre des comptes, le pouvoir judiciaire a ses propres problèmes, dont un grand nombre est intimement lié à l'importance du respect de son indépendance. Ceci affecte à la fois ce qu'il est légitime d'exiger qu'il soit rendu public et le type d'actions qui devraient suivre. Et, comme nous le verrons plus loin, ceci se complique du fait que le pouvoir judiciaire peut définir ses propres règles et annuler tous les efforts visant à le soumettre à tout genre de supervision.

a. *Lorsque la responsabilité ne réussit pas ou n'est pas satisfaisante*

Le concept de responsabilité (ou d'avoir des comptes à rendre) est centré sur l'exigence d'avoir à expliquer ses actions passées. Bien que cet élément à lui seul puisse influencer le comportement judiciaire, la question se pose encore de savoir ce qui se passe si l'explication fournie n'est pas complète ou si elle comporte des lacunes. Lorsque ce

sont des normes légales qui ne sont pas respectées, (par exemple, un détournement de ressources financières ou la violation par un juge d'une loi matérielle ou procédurale) ceci constitue un fondement pour prendre des mesures légales à l'encontre de la partie responsable. Dans d'autres cas, la réaction peut être moins immédiate ou moins directe. Elle se ferait probablement sous la forme d'efforts visant à modifier les fondements juridiques des opérations ou de la composition du judiciaire ou de mesures plus punitives, par exemple, des réductions dans l'allocation des ressources et, dans les cas plus extrêmes, des purges irrégulières dans les rangs des tribunaux. Comme les articles d'information générale l'ont suggéré, les normes par rapport auxquelles la performance (et la responsabilité) judiciaire seront mesurées sont un produit des valeurs sociales plus larges et changeront donc avec le cadre culturel environnant.¹³⁷ Dans ce cas, la responsabilité judiciaire, comme dans toute autre institution publique, fait partie d'un dialogue continu entre l'organisation et la société qu'il sert. Lorsque le dialogue fait apparaître un désaccord fondamental, il aboutira à des efforts visant à renégocier la relation. L'exigence même de la responsabilité fait partie de ce changement, tout comme les modifications dans les détails de ce que la responsabilité couvrira.

b. *Responsabilité institutionnelle et responsabilité personnelle*

La responsabilité judiciaire ressemble à de nombreux égards à ce qui est exigé de toute organisation publique, mais la notion d'indépendance judiciaire qui l'accompagne

¹³⁷ Le changement ne se produit pas toujours dans la direction de règles plus strictes. Un exemple de changement dans la direction opposée est celui de l'Amérique Latine avec le « prevaricato » ou une mauvaise application de la loi par un juge. Dans certains pays, le « prevaricato » était auparavant un délit grave, même s'il n'était pas intentionnel. Des changements plus récents font dépendre le délit d'une intention de nuire.

complique les choses. Ceci est tout particulièrement vrai parce qu'elle s'applique aux juges individuels ainsi qu'à l'institution dans son ensemble. A la différence des employés du reste du secteur public, les juges doivent prendre leurs décisions indépendamment de leurs supérieurs dans l'organisation. On suppose qu'ils doivent également avoir une certaine responsabilité individuelle, bien que la plus grande part de cette responsabilité soit transmise vers et au moyen de l'institution. Et comme la responsabilité envers l'organisation peut constituer une ingérence de l'organisation dans l'indépendance individuelle, il est nécessaire qu'elle soit déterminée par des règles tout comme la responsabilité de l'institution envers le public. C'est là une des raisons invoquées pour essayer de séparer le processus de responsabilité à l'intérieur de l'institution de la hiérarchie judiciaire ordinaire, ceci pour éviter les confusions créées par le rôle du supérieur immédiat dans le contrôle des décisions judiciaires (dans les procédures d'appel), avec le contrôle d'autres activités. Quoi qu'il en soit, il y a beaucoup d'espace libre pour des désaccords sur les domaines dans lesquels les juges doivent agir avec une entière indépendance et ceux où ils sont soumis à une supervision administrative ou à tout autre genre de supervision juridique. Une des questions qui se pose en Amérique Latine est celle de la limite de temps imposée pour traiter les affaires. Alors que de nombreux juges considèrent cette limite comme faisant partie de leur indépendance fonctionnelle, de nombreux corps judiciaires (et publics) la considèrent comme devant être soumises aux normes disciplinaires ordinaires – en d'autres termes, le juge est indépendant pour le contenu de sa décision, mais pas pour des retards excessifs dans la prise de cette décision.

c. La responsabilité judiciaire

Les traditions du droit civil et du droit commun ont examiné cette question sous des angles différents ; le droit civil est plus enclin à tenir les juges individuels

responsables des dommages qu'ils puissent causer dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires. Dans les systèmes de droit commun, les juges jouissent d'une immunité bien plus grande dans leurs actions officielles ; des activités qui sont sujettes à des plaintes civiles ou des poursuites pénales dans des pays de droit civil pourraient ne faire l'objet d'aucun recours en justice dans les pays de droit commun.¹³⁸ En ce qui concerne la responsabilité pour mauvaise conduite professionnelle ou privée, les deux systèmes accordent habituellement aux juges une immunité qui devra être levée avant de prendre des mesures légales. Comme cette décision vient d'habitude du pouvoir judiciaire lui-même, elle pose ses propres questions de responsabilité et on note un nombre croissant de plaintes selon lesquelles le pouvoir judiciaire serait trop protecteur de ses membres (et refuserait de lever l'immunité) ou aurait utilisé cette procédure pour punir ceux qui ne s'intègrent pas dans la culture institutionnelle.

Aucune de ces traditions juridiques ne s'est beaucoup penchée sur la question des comptes à rendre et, au-delà, sur la responsabilité pour d'autres types d'actions officielles mais non juridiques, par exemple, l'utilisation des ressources financières, le recrutement et la supervision du personnel administratif ou la gestion des ressources des tribunaux. Dans les deux systèmes, il y a eu un certain décalage dans l'examen de ces questions entre les pouvoirs judiciaires et d'autres segments du secteur public. A mesure que les normes sont devenues plus strictes pour les autres acteurs du secteur public (qui pouvaient autrefois utiliser les véhicules de fonction pour s'occuper d'affaires privées et qui, s'ils le faisaient maintenant, risqueraient des conséquences

¹³⁸ En raison de cette différence, les codes d'éthiques sont quelque peu inutiles dans les pays de droit civil où certains éléments souvent inclus dans de tels documents sont déjà prévus (« caractérisés ») dans les codes civils et pénaux ou dans la loi organique relative au pouvoir judiciaire.

très fâcheuses), les juges ont résisté, mais sans toutefois y réussir entièrement, à la tendance de les obliger de se soumettre aux mêmes règles. La question se complique du fait que ce sont les juges eux-mêmes qui décident comment et à qui les lois s'appliqueront. Et, bien qu'il soit difficile de déterminer si une mauvaise utilisation des biens publics ou du personnel peut être cruciale pour l'indépendance judiciaire, les corps judiciaires n'ont pas toujours accepté de se soumettre aux nouvelles normes. Il est vrai que de telles accusations peuvent être faites, à tort ou à raison, pour faire pression sur des juges dont la fibre est un peu trop indépendante et que, dans ces conditions, la question dépasse l'intérêt propre de l'institution. Cependant, la solution consiste à revoir les accusations de façon plus approfondie, ce qui mènerait peut-être à prendre des sanctions contre quiconque aurait lancé des accusations peu sérieuses ou fausses, plutôt que de préserver l'immunité judiciaire pour des actions qui seraient inacceptables pour d'autres acteurs de la scène publique.

d. Orientation vers un service public

Un des éléments de la demande d'instaurer la responsabilité judiciaire est la tendance de considérer l'exercice de la justice comme un service public. Pour de nombreux corps judiciaires, c'est là un concept nouveau auquel ils continuent de résister. D'une part, la notion de service public est plus souvent associée avec l'exécutif et les juges peuvent considérer leur fonction sous un autre angle. Mais, d'autre part, dans la mesure où ils fournissent un service public, il est légitime que, face aux mêmes normes, ils soient plus responsables que les autres acteurs de la fonction publique. En fait, la meilleure façon de décrire le pouvoir judiciaire est de dire qu'il agit simultanément comme pourvoyeur d'un service public et comme un pouvoir politique ou public et ce statut double peut en fait déterminer la responsabilité qu'il assume. Cette dualité n'élimine le besoin de responsabilité pour aucun des deux aspects, mais elle peut exiger deux formes et deux

normes, une pour l'élément service public et l'autre pour l'aspect politique du rôle du pouvoir judiciaire. Certes, comme c'est souvent la même personne qui remplit les deux fonctions, on se trouve face à l'inévitable dilemme sur la façon de séparer les deux formes de responsabilité.

e. Le barreau et le tribunal

Il y a ici une autre tension délicate, en ceci que les deux moitiés du système juridique/judiciaire sont également par tradition la meilleure source de contrôle de l'une sur l'autre. Certes, le tribunal et le barreau doivent exercer un contrôle sur les actions de leurs propres membres. Mais néanmoins, ici comme pour d'autres disciplines, l'auto-surveillance professionnelle peut être réduite à cause des intérêts de l'institution elle-même. Le même danger menace chaque côté vis-à-vis de l'autre (tout comme l'intérêt de la communauté juridique au sens large), mais un dilemme encore plus grand est de savoir comment empêcher que l'un des groupes professionnels n'acquière trop de pouvoir sur l'autre. Ici, c'est sans aucun doute le barreau qui est avantagé grâce aux importantes ressources dont il dispose, à ses liens politiques et à son organisation plus informelle. Cependant, bien qu'on trouve beaucoup plus d'exemples d'un barreau privé composé de l'élite juridique qui contrôle le pouvoir judiciaire, ou au moins qui est l'instigateur de son mauvais comportement, les juges au niveau individuel ou collectif ne sont pas dépourvus de moyens d'imposer aux avocats la façon de se conduire. Mais, il est évident que maximiser le potentiel de contrôle mutuel et éliminer tout déséquilibre existant du pouvoir, nécessitera des décisions politiques qui vont au-delà de tout accord entre les deux groupes. Si l'on veut que les juges aient des moyens de défense plus efficaces contre un barreau qui abuse de son influence ou si on veut que le barreau puisse fonctionner librement sans être « terrorisé » par le pouvoir judiciaire, les autres éléments de la société politique et civile devront

soutenir l'adoption et l'application de nouvelles règles juridiques qui seront suivies de l'extérieur.

anglais), Brookfield, Vermont : Publications Ashgate, 1999.

6. *En conclusion*

Le pouvoir judiciaire est un des derniers grands groupes professionnels qui se trouve face à des exigences de responsabilité, et ceci à la suite de l'expansion de cultures politiques et sociales plus démocratiques. Bien que ce changement ne soit pas universel, il est clairement lié au progrès de l'indépendance judiciaire qui l'a précédé. Malgré l'impression que peuvent avoir certains juges, les deux développements ne sont pas contradictoires ; au moins dans l'environnement actuel, une indépendance accrue semble exiger plus de responsabilité et, dans certains cas, un surcroît de responsabilité semble promouvoir une plus grande indépendance. Mais il existe néanmoins d'énormes différences entre les systèmes nationaux et au sein des systèmes, quant au volume de la demande et quant à la forme et au contenu des mécanismes recommandés. Quant aux aspects moins juridiques de la performance judiciaire, on note une tendance marquée de pousser les juges et les systèmes judiciaires vers les mêmes formes et normes de responsabilité qui s'appliquent aux autres acteurs de la fonction publique. Les aspects les plus difficiles de ces nouvelles tendances se trouvent sans aucun doute dans les domaines plus au centre du rôle du judiciaire (comment les décisions sont prises, la performance à l'intérieur des tribunaux et même les normes relatives à la charge de travail), et les domaines dans lesquels une responsabilité « normale » peut être utilisée pour faire pression sur les juges individuels.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Klitgaard, Robert, *La lutte contre la corruption* (en anglais), Berkeley, Presses de l'Université de Californie, 1990

Malleon, Kate, *Le nouveau judiciaire : les effets de l'expansion et de l'activisme* (en

B. Le rôle de l'administration des tribunaux dans le renforcement de l'indépendance et de l'impartialité judiciaires
par William Davis¹³⁹

1. Introduction

Le présent article décrit la relation entre un leadership judiciaire vigoureux, la gestion et l'administration saine des tribunaux et l'indépendance et l'impartialité judiciaires. Améliorer la gestion et l'administration des tribunaux peut renforcer l'indépendance et l'impartialité judiciaires, parce qu'un système judiciaire qui rend la justice convenablement et de façon efficace et efficiente renforce la confiance du public et le respect de l'état de droit. Comme le notait Alexandre Hamilton¹⁴⁰ dans « *The Federalist Papers* », l'administration ordinaire de la justice contribue plus à l'appréciation du public envers son gouvernement que toute autre activité. A son tour, une plus grande confiance du public peut créer un large soutien pour procurer de plus grandes ressources pour le pouvoir judiciaire et une plus grande autonomie vis-à-vis des branches politiques du pouvoir.

Les bailleurs de fonds peuvent et doivent jouer un rôle crucial dans ce processus en aidant (a) à mettre en place une structure de gouvernance pour le pouvoir judiciaire qui soutient l'indépendance et l'impartialité, (b) développer le leadership judiciaire nécessaire à exercer cette indépendance de façon efficace, (c) renforcer la capacité du judiciaire de se gouverner et de bien

¹³⁹ DPK Consulting, créé en 1993 en Californie, est un partenariat professionnel destiné à aider les institutions gouvernementales à être plus efficaces, aux niveaux étatique, fédéral, et international. DPK Consulting et ses deux partenaires principaux, William E. Davis et Robert W. Page Jr. ont centré leur travail sur les institutions qui envisagent et introduisent des changements majeurs.

¹⁴⁰ Alexandre Hamilton fut aide de camp de George Washington, puis rédacteur de la constitution des États-Unis.

assumer ses fonctions judiciaires et, enfin, (d) soutenir la mise en place de structures spécifiques pour l'administration des tribunaux, structures qui facilitent des prises de décisions impartiales en augmentant la transparence dans les opérations des tribunaux. Chacun de ces concepts est examiné dans ce qui suit.

2. La mise en place d'un cadre de gouvernance qui renforce l'indépendance

Une étape importante dans la promotion de l'indépendance du pouvoir judiciaire est la mise en place d'une structure globale de gouvernance – ancrée dans les dispositions constitutionnelles et législatives – qui délimite clairement les fonctions et les responsabilités du pouvoir judiciaire et en particulier le traitement des affaires portées devant les tribunaux. Il existe deux approches principales pour assurer l'indépendance institutionnelle du pouvoir judiciaire vis-à-vis des pouvoirs législatif et exécutif :

- Un système judiciaire entièrement indépendant sous forme d'un pouvoir séparé du gouvernement qui (a) se gouverne lui-même et (b) contrôle son propre budget
- Un système judiciaire indépendant pour les prises de décisions judiciaires, mais dépendant, pour son budget et son administration d'un département de l'exécutif, en général le ministère de la justice ou son équivalent.

Cependant, un cadre qui n'accorde au pouvoir judiciaire aucune autorité ni administrative ni pour prendre des décisions concernant sa propre politique générale, aide très peu à développer l'indépendance et l'impartialité judiciaires. Même dans les pays européens dans lesquels l'administration du judiciaire est assurée par une branche de l'exécutif, d'habitude le ministère de la justice, la tendance consiste à

augmenter l'autorité du pouvoir judiciaire d'administrer ses propres activités. Cette tendance est stimulée en grande partie par une demande croissante d'améliorations dans le fonctionnement des systèmes judiciaires.

L'Espagne et l'Italie ont créé des conseils de la magistrature dans les années 1980 pour assumer à la place de leurs ministères de la justice les fonctions de gestion du système judiciaire. Plusieurs pays d'Amérique Latine ont suivi. L'association française des juges a récemment adopté des résolutions en faveur d'une entière séparation des fonctions judiciaires du pouvoir exécutif. Seuls quelques pays européens, comme l'Allemagne, la Belgique et les Pays-Bas n'ont manifesté aucun intérêt à se séparer du modèle traditionnel.

Les leaders judiciaires de plusieurs pays du Commonwealth, en particulier la Grande Bretagne et le Canada, affirment de plus en plus que les fonctions administratives, politiques et budgétaires devraient appartenir au pouvoir judiciaire plutôt qu'à l'exécutif. Dans d'autres pays, tel que le Pakistan, des réformes juridiques ont vu le jour, visant à consolider la fonction de gouvernance du Conseil suprême de la magistrature.

Dans la majorité des pays d'Amérique Latine, la supervision administrative a été transférée soit aux conseils de la magistrature soit aux cours suprêmes. La Cour suprême du Costa Rica a créé un conseil qui est une entité administrative subordonnée pour prendre les décisions relatives au fonctionnement du système judiciaire afin de se libérer des demandes qui lui sont adressées dans ce domaine. De même, au Chili et en Uruguay, les Cours suprêmes ont créé un comité composé de leurs membres pour assumer les fonctions de gestion et d'administration.

Aux États-Unis, la responsabilité de la gestion du pouvoir judiciaire a suivi le même chemin, le Département (Ministère)

de la Justice étant chargé à l'origine de la gestion des tribunaux fédéraux. La Constitution des États-Unis n'aborde pas directement la question de la responsabilité de la gestion du pouvoir judiciaire. Dans les années 1930, le Congrès a transféré les fonctions de gestion et d'administration du Département de la Justice au système judiciaire fédéral.

Nombreux sont ceux qui sous-estiment ou ne reconnaissent pas le risque professionnel que prennent ceux qui sont en faveur des réformes. Tout effort pour altérer le paysage structurel affectera le spectre politique tout entier. Ceux qui décident de prendre le leadership et de se faire l'avocat des réformes se retrouvent souvent face à différents centres d'opposition à l'intérieur du système juridique, aussi bien qu'à l'extérieur. Les bailleurs de fonds doivent tenir compte du prix que ces personnes pourraient payer. Par exemple, au Guatemala, les juges considérés comme ayant encouragé des réformes sous la direction d'une cour suprême à l'esprit réformateur, ont été affectés à des postes moins enviables lorsque de nouveaux juges de la Cour Suprême sont entrés en fonction.

3. Le soutien d'une bonne gestion au sein du pouvoir judiciaire

Pour que le pouvoir judiciaire puisse gagner et maintenir son indépendance et l'appui du public, il doit prouver qu'il possède un leadership interne vigoureux. Le transfert des fonctions administratives et politiques au système judiciaire prend du temps et exige une capacité et une volonté internes d'assumer de nouveaux rôles et de nouvelles responsabilités. Les bailleurs de fonds peuvent offrir leur assistance, lorsqu'il y a à la fois une volonté politique au sein du gouvernement et un intérêt sincère parmi les leaders du juridique, en aidant le pouvoir judiciaire (a) à renforcer la capacité de leadership et de gestion parmi ses rangs, (b) à créer des structures administratives et de gestion appropriées et (c) à plaider en faveur

d'une augmentation des financements pour des procédures transparentes qui améliorent la compréhension et l'appréciation du public envers le judiciaire et l'état de droit.

Aux États-Unis, les tribunaux ont gagné de plus en plus d'indépendance non seulement grâce à des changements organisationnels, mais aussi parce que des leaders judiciaires ont mis au point des moyens novateurs d'aborder les problèmes du système, comme les retards, l'accès insuffisant à la justice et les préjugés au sein des tribunaux. La volonté et la capacité des leaders judiciaires d'exercer une gestion saine dans ces domaines ont engendré une volonté accrue correspondante au sein des pouvoirs législatif et exécutif d'engager des fonds et de transférer des responsabilités avec un minimum de supervision. À mesure que la capacité de gestion du pouvoir judiciaire augmentait, ses membres prenaient de plus en plus l'initiative de programmes de réforme.

En Amérique Latine, plusieurs tentatives de promouvoir l'administration judiciaire ont été entravées en partie à cause du manque de continuité du leadership judiciaire. En Argentine, en Colombie et au Venezuela, les conseils de la magistrature mis en place lors de la dernière décennie ont rapidement gonflé leur bureaucratie (plus de 1.000 employés dans le cas du Venezuela), ce qui n'a pas amélioré le fonctionnement du système. Ces expériences suggèrent que la seule création d'une structure au sein du pouvoir judiciaire pour l'administration et la détermination de la politique, ne se traduit pas toujours par un système efficace et indépendant. Les réformes problématiques sont celles qui ont transféré l'autorité et les responsabilités sans qu'un effort correspondant n'ait été fait pour développer les compétences et le leadership nécessaires à gérer les systèmes.

On peut citer l'exemple de la Cour suprême du Costa Rica qui a régulièrement exercé un leadership solide et, de ce fait, est l'une des cours suprêmes les plus respectées en

Amérique latine. La Cour suprême a des comités actifs qui évaluent en permanence le fonctionnement des divers aspects du système, en particulier les procédures pénales, l'organisation des tribunaux de première instance et les besoins de formation des juges et du personnel. La Cour assume la responsabilité du fonctionnement du système et prend les initiatives pour les réformes ce qui a permis de renforcer la confiance du public envers le système judiciaire. En fait, les enquêtes d'opinions montrent que c'est l'institution publique la plus respectée dans le pays.

Les Cours suprêmes du Salvador et du Honduras ont également fait preuve de leadership. La Cour suprême du Honduras a aidé de manière importante à la création d'un comité interinstitutionnel chargé de préparer un plan pour la transition vers un nouveau code de procédure pénale. Le fait de prendre la responsabilité d'appliquer les nouvelles réformes a fourni une indépendance administrative accrue aux tribunaux du Honduras.

4. *Le renforcement des aptitudes à la gestion au sein du système judiciaire*

Comme pour le leadership, le pouvoir judiciaire doit prouver qu'il possède la capacité interne de maintenir son indépendance. Lorsque le pouvoir judiciaire n'aborde pas les problèmes de la performance du système judiciaire ou si ses efforts pour le faire ne sont pas efficaces, il est plus probable que les autres branches du pouvoir prendront le contrôle du pouvoir judiciaire. Ce contrôle par d'autres branches du gouvernement pose des problèmes dans de nombreux pays.

En revanche, lorsque le pouvoir judiciaire possède la capacité interne de fonctionner efficacement, le contrôle par d'autres branches du gouvernement sera moins nécessaire et une approche de la gestion peut être atteinte. Les activités visant à promouvoir le renforcement des capacités au

sein du pouvoir judiciaire ne doivent pas être centrées seulement sur les techniques de gestion, mais aussi sur des éléments tels que l'exigence que les leaders judiciaires fassent preuve de leadership moral et éthique. Aux États-Unis, les séminaires de formation développés pour les présidents des cours suprêmes des états, qui ont connu un grand succès, ont largement prouvé l'efficacité de cette approche. Le directeur administratif participe à ces séminaires afin d'édifier une approche de cohésion envers la gouvernance des systèmes judiciaires.

Il existe un grand nombre de programmes possibles dans ce domaine, par exemple :

- La gestion et la préparation des budgets
- Le maintien des relations avec les pouvoirs législatif et exécutif
- L'organisation et la fourniture de services aux tribunaux de première instance et de programmes d'aide à la gestion des tribunaux pour renforcer les améliorations du fonctionnement des tribunaux de première instance
- Le renforcement des systèmes administratifs
- Le développement des systèmes statistiques pour mesurer la performance du système judiciaire
- Le développement de procédures de prises de décisions de politique générale avec la participation de tous les niveaux du système juridique
- Le développement de programmes de formation à la gestion pour les personnes qui occupent des postes dans la structure administrative
- La supervision du barreau

- Les activités extérieures pour faire connaître le système juridique au public
- La planification stratégique pour l'avenir

Entre autres domaines d'assistance, la promulgation de règles de pratique et de procédure pour les affaires civiles, pénales, familiales, ainsi qu'en matière de mineurs, d'homologation et de propriété ; la gestion des ressources allouées, l'éducation et la formation des agents judiciaires ainsi que des employés des tribunaux ; et, enfin, l'administration des programmes auxiliaires de la fonction juridique tels que la liberté surveillée, la mise en liberté avant la comparution et le règlement des litiges par des voies alternatives.

a. La gestion du processus budgétaire

La procédure de présentation du budget ne fournit d'habitude ni l'opportunité ni même la nécessité d'aborder les défauts du système. Lorsque le pouvoir judiciaire ne peut pas présenter ses besoins financiers de façon complète et professionnelle, cela affaiblit sa capacité d'obtenir les ressources dont il a besoin pour sa croissance et son développement et diminue sa crédibilité en tant que secteur indépendant. La prise d'initiative dans ce domaine est clairement la responsabilité du judiciaire.

Le développement de procédures budgétaires efficaces doit couvrir tous les niveaux du pouvoir judiciaire. Les tribunaux subalternes doivent considérer la préparation du budget comme le véhicule qui leur permet d'identifier et de justifier leurs besoins aux yeux des tribunaux de rang plus élevé et des autres branches du pouvoir. Les programmes de formation pour l'élaboration des budgets dans le cadre du processus de planification du système peuvent aider le pouvoir judiciaire à développer des approches intégrées.

Une approche systématique à la préparation du budget reflètera mieux les besoins de l'ensemble du système. Ce processus exige que les tribunaux documentent leurs besoins et identifient leurs priorités pour recevoir un financement. La compétition avec d'autres entités gouvernementales est serrée et les fonds limités. On a plus de chances de réussir si les besoins sont bien documentés, si tous les niveaux du système judiciaire participent activement à l'identification des besoins et si on a développé une stratégie d'approche pour défendre ces besoins devant les autres branches du pouvoir.

Un sujet plus problématique est celui de la décentralisation de la responsabilité de la gestion pour les fonds alloués. Pour entreprendre la décentralisation, les procédures administratives et de gestion doivent être en place pour déléguer les fonds du niveau national au niveau local et fonctionner correctement.

L'assistance des bailleurs de fonds dans ce domaine peut se faire sous forme de formation du personnel et des juges sur la planification et la préparation des budgets. Le renforcement des procédures budgétaires doit être complété par des projets qui mettent l'accent sur les améliorations du système. Les autres branches du pouvoir doivent également participer à ce processus parce que le pouvoir judiciaire devra collaborer étroitement avec elles pour que le budget soit approuvé.

b. Relations avec les pouvoirs exécutif et législatif

Si le pouvoir judiciaire veut être indépendant, il devra suivre une approche systématique dans son travail avec les autres branches du pouvoir. Ceci exige de mettre en place des voies officielles et moins officielles pour communiquer les besoins, les inquiétudes, les plans et les activités. Dans les systèmes plus sophistiqués et plus développés des États-Unis, certains bureaux ont des juristes qui passent en revue les projets de lois pour déterminer quel sera

l'impact sur le pouvoir judiciaire et faire des recommandations aux entités législatives sur la façon de modifier ces lois. Ils maintiennent des contacts réguliers avec les agences de l'exécutif qui fournissent des services ou ont des relations avec le pouvoir judiciaire. Lorsque les questions de politique judiciaire dépassent les limites institutionnelles, ces bureaux représentent le pouvoir judiciaire dans les discussions relatives à la politique. La capacité institutionnelle d'aborder ces questions aide le judiciaire dans son rôle de pouvoir indépendant aux yeux du public et des autres pouvoirs.

Le pouvoir judiciaire a parfois pris l'initiative de créer une tribune pour discuter de questions d'intérêt mutuel entre les trois branches du pouvoir. Par exemple, le juge Warren E. Burger, président de la Cour suprême des États-Unis entre les années 1969 et 1986, a pris l'initiative d'une retraite annuelle pour les présidents des comités judiciaires et d'allocation des ressources financières du Congrès pour discuter les questions relatives au système judiciaire fédéral.

5. *La planification de structures appropriées d'administration et de gestion*

Le fonctionnement efficace des tribunaux exige des systèmes efficaces de tenue des registres, de flux des affaires en cours et de gestion financière ainsi qu'une certaine centralisation des fonctions au sein de chaque tribunal. Ces améliorations augmentent la transparence et la standardisation et réduisent, de ce fait, les opportunités de corruption, le mauvais usage des enregistrements et les décisions arbitraires.

a. La gestion des registres

Le maintien des registres est un élément fondamental de l'administration de la justice. Le système judiciaire doit maintenir

des registres d'une manière qui garantit une fiabilité et une prédictibilité élevées. Mettre en place un système efficace de gestion des enregistrements est un des piliers du système judiciaire. La gestion des enregistrements exige une planification étendue des procédures de réception, de mise en instance et de traitement des affaires et d'utilisation des formulaires. L'intégrité administrative des enregistrements permet aux personnes qui comparaissent et au public de faire confiance au système et c'est ainsi que le processus judiciaire devient transparent.

L'apparence des installations et des registres conservés par le tribunal sont des éléments essentiels dans le renforcement d'un système indépendant et transparent. Dans de nombreux pays, l'accès aux dossiers des affaires est limité aux parties concernées et à leurs avocats. L'intégrité des dossiers des affaires revêt une importance colossale. Tout l'historique et l'enregistrement des faits se trouvent dans le dossier des affaires. Par souci de sécurité, les dossiers des affaires sont « cousus » pour les protéger contre une extraction frauduleuse de documents originaux. La mise au point de systèmes de classification sécurisés pour les protéger contre la fraude est hautement recommandée. Il faut également examiner dans quelle mesure l'on peut utiliser des procédures informatisées pour perfectionner ces systèmes. La planification des projets de réforme des tribunaux de première instance et des cours d'appel doit nécessairement inclure cette dimension de la gestion des tribunaux.

b. La gestion du flux des affaires

Des recherches menées aux États-Unis, en Australie, au Royaume-Uni et à Singapour ont montré que le pouvoir judiciaire doit développer des procédures efficaces pour bien gérer les affaires portées devant les tribunaux. Ceci implique que les juges participent activement à la gestion du flux des affaires. Cependant, dans de nombreux systèmes juridiques en voie de développement, et surtout ceux qui reposent

sur des codes, les juges ont traditionnellement permis aux avocats de déterminer le rythme des affaires présentées devant les tribunaux. Il arrive souvent que les retards favorisent une partie par rapport à l'autre et accepter un retard est une abdication *de fait* de l'impartialité et de la responsabilité judiciaires. En pratique, l'un des moyens les plus importants pour les juges d'affirmer leur indépendance vis-à-vis des personnes qui soumettent des affaires au tribunal est d'être le gérant de fait de la liste des affaires, à savoir, fixer le calendrier de présentation des dossiers, des audiences et autres événements nécessaires et de n'autoriser des retards que lorsque la raison est valable.

Afin que les juges puissent assumer ce rôle, il sera nécessaire de développer des programmes visant à cultiver le sens de la responsabilité pour le temps nécessaire au traitement des affaires. Les efforts faits pour acquérir ce niveau de contrôle se heurtent souvent à une vive opposition de la part des avocats concernés et souvent de certains juges. La préparation de programmes pour aborder le rythme de l'examen des affaires est souvent plus effective lorsqu'elle se fait en collaboration avec les professionnels qui utilisent le système, en particulier les barreaux indépendants, lorsqu'ils existent. Par exemple, l'USAID a soutenu un tel programme au Salvador. Pour commencer, le personnel des tribunaux dressait la liste des affaires inscrites selon leur ancienneté et recensait tout mouvement récent dans une affaire. Si aucune activité n'était détectée, le tribunal avisait les parties que l'affaire était inactive jusqu'à ce qu'il y ait une certaine activité. Si les parties voulaient maintenir l'affaire en activité, elles devaient en aviser le tribunal. Lorsque la première étape dans le processus, à savoir maîtriser l'inventaire des affaires, était achevée, le tribunal pouvait organiser son calendrier autour des affaires actives qui exigeaient une intervention judiciaire.

Des approches semblables ont été utilisées dans plusieurs tribunaux pilotes en Équateur,

au Pérou et en République Dominicaine, ce qui s'est traduit par une réduction significative du temps pendant lequel les affaires étaient en instance.

Un complément efficace au concept de base de la gestion du flux des affaires consiste à développer des systèmes de traitement à voies multiples qui classent les affaires par ordre de priorité. Le système à voies multiples reconnaît que différentes affaires exigent un traitement et des niveaux d'intervention différents. Cette approche, qui a débuté aux États-Unis, s'est étendue à d'autres juridictions, parmi lesquelles Singapour, le Royaume-Uni et l'Australie. Les procédures exigent un niveau élevé d'assistance technique et le meilleur moyen de les développer est d'avoir des tribunaux pilotes. Lorsque plusieurs réussites ont été enregistrées avec ces tribunaux pilotes, les tribunaux peuvent également utiliser ces résultats pour justifier des augmentations de financements. Le traitement des affaires selon la méthode des voies multiples a fait partie des efforts de réforme accomplis aux États-Unis dans les cours fédérales et les tribunaux des états au cours des vingt-cinq dernières années.

Les données doivent être organisées de façon à pouvoir juger de la performance des tribunaux de première instance. Une des formules pour juger de la performance contient les quatre éléments clés suivants, classés par ordre d'importance relative :

- Le temps nécessaire pour traiter une affaire
- Le taux de traitement des affaires (affaires classées)
- Éviter que les affaires ne prennent du retard (le pourcentage d'affaires dont l'ancienneté ne dépasse pas la limite du temps d'attente)
- La certitude des procès (la fréquence avec laquelle les affaires

prévues au calendrier sont effectivement entendues à la date prévue)

Les bailleurs de fonds peuvent également institutionnaliser certains éléments essentiels dans la gestion du flux des affaires, en particulier :

- L'uniformité dans la numérotation des affaires
- La standardisation des formulaires pour faciliter le traitement des affaires
- Des procédures de distribution de documents aux parties intéressées au processus du tribunal
- La préparation de procédures de stockage, de récupération et de traitement des affaires
- Utilisation accrue de l'informatique pour améliorer le contrôle sur le nombre d'affaires

Certes, le seul processus de gestion du flux des affaires ne corrige pas les problèmes ; ce n'est que le début du processus, qui consiste à s'interroger sur la progression d'une affaire. La formation des professionnels pour collaborer étroitement avec les juges dans la gestion des procès aidera à bâtir des fondations solides pour l'amélioration du fonctionnement du système judiciaire.

c. La gestion financière

Dans de nombreux systèmes judiciaires, les tribunaux ont la responsabilité de gérer les amendes, les redevances et les fonds déposés par les clients pour porter une affaire devant le tribunal et, enfin, de faire les acquisitions nécessaires. Ces activités sont des domaines ouverts à la corruption et exigent une attention particulière afin d'éviter la manipulation des fonds. Le développement de procédures générales de

comptabilité, suivies de procédures adéquates d'audit interne, aidera à mettre en place une base administrative solide. Au Honduras, un programme créant une équipe d'audit professionnelle a eu un certain succès en abordant ce genre de problèmes dans les tribunaux du pays.

d. L'organisation des tribunaux de première instance

Le renforcement des tribunaux de première instance contribue à l'indépendance du système judiciaire. Alors que le tribunal de première instance est le lieu où la plupart des gens se font la première impression du système judiciaire, dans de nombreux pays, les structures organisationnelles des tribunaux de première instance n'ont pas changé de façon fondamentale depuis leur création.

En Amérique Latine, le modèle organisationnel des tribunaux de première instance n'a pas changé de façon substantielle depuis plusieurs centaines d'années. Dans le modèle le plus courant, chaque juge a son propre personnel, les fonctions sont décentralisées et peu d'efforts sont faits pour profiter de la standardisation, des économies d'échelle ou de services communs.

De nouveaux modèles, qui encouragent la transparence et la responsabilité, sont en train d'être développés dans plusieurs pays, y compris les États-Unis. Ces modèles utilisent en général des structures administratives centralisées, avec un administrateur professionnel qui assure la coordination de l'appui nécessaire à la fonction judiciaire. Le modèle exige le développement de la capacité administrative et professionnelle du personnel pour coordonner et administrer les tribunaux.

Les programmes visant à améliorer les systèmes judiciaires doivent se concentrer sur leur ressource la plus précieuse, le temps du juge. Il arrive souvent que les juges ne possèdent pas les connaissances de base

nécessaires pour les aspects administratifs de la gestion du flux des affaires et le temps qu'ils passent à s'occuper des questions administratives est autant de temps perdu pour assumer leurs responsabilités judiciaires. Les juges sont souvent surchargés de tâches administratives ce qui les rend inefficaces et le public considère alors que le pouvoir judiciaire est incompetent. Dans des pays aussi divers que l'Argentine, le Costa Rica et le Pakistan, l'étude de l'allocation du temps judiciaire a révélé qu'un juge peut consacrer jusqu'à 50 pour cent de son temps à des questions administratives.

Aux États-Unis, au début des années 1970, le juge Warren Burger, président de la Cour suprême lançait un appel pour la création de postes de gestionnaires professionnels dans les tribunaux. Grâce à son initiative, les postes d'administrateur ont été créés pour les tribunaux d'état, les tribunaux de première instance et les tribunaux de circonscriptions judiciaires fédérales. Ces nouveaux postes ont aidé à systématiser les procédures, utiliser l'informatique et les indicateurs de la charge de travail, créant ainsi une plus grande transparence dans l'administration ce qui a amélioré la perception et la participation du public.

Le fait d'avoir reconnu la complexité de l'organisation des tribunaux tant au niveau de la première instance qu'au niveau des cours d'appel, a conduit au développement de postes de gestion pour assister les tribunaux dans l'exécution de leurs fonctions et de leurs responsabilités. Ces postes sont maintenant considérés comme les compléments nécessaires des fonctions d'adjudication. Un gestionnaire professionnel travaille à plein temps pour exécuter les politiques et les procédures du tribunal, répondre aux requêtes du public, développer les budgets, gérer les enregistrements et les acquisitions, organiser l'espace de façon à en tirer le maximum et gérer l'application de la technologie.

6. *Un financement suffisant pour le pouvoir judiciaire*

Dans de nombreux pays, les pouvoirs législatif et exécutif n'ont manifesté aucun intérêt à cultiver un système judiciaire fort et indépendant. Une des preuves les plus évidentes de ce manque d'intérêt est la longue histoire du mauvais soutien financier accordé au système judiciaire.

Certains pays ont récemment pris des initiatives pour modifier leurs constitutions afin qu'un pourcentage fixe des fonds soit alloué au pouvoir judiciaire. Le Costa Rica, le Salvador et le Honduras ont modifié leur constitution pour que des taux fixes de financement soient garantis chaque année. Au Costa Rica, le pouvoir judiciaire reçoit 6 pour cent des fonds qui peuvent être alloués, bien que ce total couvre également le coût de la police judiciaire et des poursuites en justice, ce qui laisse environ 2,5 pour cent du total pour les opérations judiciaires proprement dites. Au Salvador, la nouvelle base de financement mise à la disposition du judiciaire a permis à la Cour suprême de ce pays de prendre de nombreuses initiatives pour améliorer le fonctionnement du système. Cette transformation a eu lieu après que la cour lançait une campagne pour avoir une plus grande influence dans la gestion des fonds destinés au système judiciaire. L'application de formules peut être utile à court terme pour résoudre de graves problèmes financiers. Cependant, les formules peuvent devenir encombrantes lorsque les dépenses continuent à grimper en érodant les pourcentages, ce qui peut créer des problèmes de financement pour les autres composantes du système judiciaire. Dans le cas du Costa Rica, les dépenses de la police augmentent beaucoup plus rapidement que les dépenses judiciaires, faisant ainsi pression sur son budget. Un autre exemple intéressant est celui des tribunaux dans la région basque en Espagne, qui contrôlaient autrefois leur propre financement. Mais, suite à l'absence de gestion professionnelle, l'autorité de la gestion des fonds a été rendue au pouvoir

exécutif et le pouvoir judiciaire supporte mal ce résultat.

D'autres pays poursuivent l'approche traditionnelle selon laquelle le pouvoir judiciaire doit justifier ses besoins devant les pouvoirs législatif et exécutif afin de garantir son financement. Le fait de donner au législatif et/ou à l'exécutif toute latitude pour définir le budget judiciaire n'a généralement pas amélioré le niveau des financements pour le pouvoir judiciaire. Le processus traditionnel peut être efficace en motivant le pouvoir judiciaire à améliorer ses propres procédures et son aptitude à expliquer ses besoins à un plus grand auditoire. En revanche, le pourcentage garanti par la loi n'exige pas la même rigueur ou la même discipline. De plus, lorsque le pourcentage défini est atteint, augmenter le financement peut devenir difficile, comme c'est le cas au Costa Rica.

L'expérience a montré que l'effort consacré au renforcement de la capacité du pouvoir judiciaire de développer et d'appliquer des procédures budgétaires complètes, combiné avec l'addition et/ou la formation d'un personnel compétent pour gérer la procédure, peut améliorer l'allocation des fonds au pouvoir judiciaire.

7. *En conclusion*

La façon dont le pouvoir judiciaire se gouverne et s'administre est directement liée à son indépendance. Le cadre juridique définit les attentes et délimite les rôles et les responsabilités spécifiques, tout en définissant les principes qui permettent au système d'être indépendant. Des systèmes judiciaires efficaces exigent un leadership et des pratiques opérationnelles solides.

C. Contributions de la société civile à l'indépendance judiciaire¹⁴¹
par Stephen Golub

La justice est un sujet trop important pour être laissé aux mains des juges ou même des avocats ; le peuple américain doit penser, discuter et contribuer à la planification future de ses tribunaux. William Rehnquist, président de la Cour suprême des États-Unis.¹⁴²

Il ne fait pratiquement aucun doute que la société civile et les médias sont les deux facteurs les plus importants pour l'élimination de la corruption dans les institutions publiques. La corruption n'est vaincue que lorsque les citoyens ne la tolèrent plus. La Banque mondiale.¹⁴³

1. Introduction

Le présent article s'efforce d'éclairer le rôle récent et le rôle potentiel de la société civile dans la poursuite de ces objectifs. Il s'appuie

¹⁴¹ La version préliminaire de ce document a été préparée avec l'aide de l'USAID et du programme de bourse de projets individuels de l'« *Open Society Institute* ». Il s'appuie aussi sur des consultations que l'auteur a menées pour le compte des Fondations Ford et pour l'Asie, de la Banque asiatique de développement, de l'USAID et du Groupe juridique international des droits de l'homme.

¹⁴² Cité dans l'article de Samuel F. Harahan et Waleed H. Malik, *Partnerships for Reform: Civil Society and the Administration of Justice* [Partenariats pour la réforme ; la société civile et l'administration de la justice] (Washington, DC : Banque mondiale, juin 2000), page 1.

¹⁴³ La Banque mondiale, *Helping Countries Combat Corruption: the Role of the World Bank* [Aider les pays à combattre la corruption : le rôle de la Banque mondiale] (Washington, DC, Banque mondiale, septembre 1997), pages 44-45. Pour les besoins de cet article, les médias sont considérés comme faisant partie de la société civile.

principalement sur l'expérience asiatique, et cela pour deux raisons. Premièrement, aborder le problème dans cette moitié du globe équilibre le centre d'intérêt géographique du reste de ce guide. Deuxièmement, et plus important, l'aide directe aux systèmes judiciaires eut pour l'USAID un rôle moins proéminent en Asie que dans d'autres régions, et l'influence de l'appui de la société civile pour l'indépendance judiciaire est d'autant plus évidente. Comme cet article le soulignera, cette influence est largement indirecte et agit dans le contexte d'efforts plus vastes pour promouvoir l'état de droit et d'autres objectifs de développement. Cependant, un aperçu de l'appui de la société civile présente des options importantes pour les fonctionnaires chargés de programme qui travaillent sur l'indépendance judiciaire.

2. Pourquoi doit-on souligner le fait que la société civile soit concernée par l'indépendance judiciaire ?

Pourquoi les bailleurs de fonds doivent-ils soutenir les activités des organisations non gouvernementales concernant les systèmes judiciaires ? Nous avons cité le président de la Cour suprême, M. William Rehnquist et la Banque mondiale parce qu'ils sont souvent considérés comme n'étant pas inamicaux envers la situation actuelle, mais soulignent le rôle croissant des forces non gouvernementales dans la réforme. L'étude faite en 1994 pour l'USAID par Blair et Hansen, *Contribution aux échelles de la justice*, suggère que les stratégies des bailleurs de fonds en faveur de l'état de droit suivent « une approche qui s'appuie fortement sur les enseignements de l'économie politique et met l'accent sur les électeurs et le renforcement des coalitions. »¹⁴⁴ La société civile joue un rôle

¹⁴⁴ Blair et Hansen, *Weighing in on the Scales of Justice: Strategic Approaches for Donor-supported Rule of Law Programs* [Contribution en faveur des échelles de justice : approches stratégiques aux programmes de l'État de droit]

important, voire central dans l'approche soutenue dans cette étude.

L'aide de la société civile aux ONGs et aux médias peut contribuer à l'indépendance judiciaire à plusieurs niveaux. En plus de la valeur soulignée par Blair et Hansen, ils aident à suivre la performance judiciaire et à exposer la corruption. Dans une perspective plus large, Harahan et Malik décrivent les nombreuses contributions de la société civile pour l'administration de la justice.¹⁴⁵

Un thème unificateur se retrouve dans ces raisons et quelques autres pour l'aide de la société civile : elle aide à construire des forces qui font contrepoids à celles qui minent l'indépendance judiciaire. Elle fait ainsi progresser l'impartialité en exposant les juristes à des pressions, des forces de persuasion et des perspectives légitimes. Ces influences faisant contrepoids pourraient être nécessaires dans des pays tels que l'Égypte et les Philippines où l'IFES (en liaison avec la préparation de ce guide) a commandé des articles d'évaluation de l'indépendance judiciaire.

Ainsi, l'article sur l'Égypte note que les juges de ce pays affichent généralement une faible éthique de travail, un dédain de l'éthique professionnelle, un comportement corrompu, acceptent la corruption auprès du personnel des tribunaux et tolèrent les « guildes familiales » qui ont une influence sur les recrutements, les promotions, les affectations et autres faveurs.¹⁴⁶ L'article sur les Philippines souligne aussi la prévalence de l'influence personnelle, du « piston » et de la corruption.¹⁴⁷

soutenus par les bailleurs de fonds] Rapport d'évaluation des programmes et opérations N°7 (Washington DC : USAID, 1994) page 51.

¹⁴⁵ Harahan et Malik, *ibid.*

¹⁴⁶ John Blackton, rapport sur l'indépendance judiciaire en Égypte, préparé pour ce guide, 2000.

¹⁴⁷ Hector Soliman, rapport sur l'indépendance judiciaire aux Philippines, préparé pour ce guide, 2000

Cet article souligne que « les sources de l'ingérence judiciaire ... peuvent ne pas s'opposer ouvertement aux réformes (en fait aucune personne sensée n'oserait s'opposer à ces mesures). Mais plus simplement, on fermera les yeux ou ces mesures seront appliquées si lentement qu'elles perdront toute leur signification. »¹⁴⁸ Le chargé de programme, lorsqu'il décide si et comment il travaillera sur l'indépendance judiciaire, doit évaluer non seulement l'engagement affirmé par les juristes envers la réforme, mais l'évaluation des juristes, du judiciaire et des forces qui les influencent faite par les éléments de la société civile et d'autres sources d'information. Ces sources comprennent les journaux juridiques, les divers travaux de recherches, les leaders d'ONGs, les universitaires, les journalistes, d'autres bailleurs de fonds, et, derniers mais non des moindres, des citoyens ordinaires qui ont été au tribunal.

Il n'existe pas de formule automatique pour traduire ces données en une décision programmatique. Un consensus négatif peut indiquer que l'on doit poursuivre d'autres objectifs. Le chargé de programme peut également décider d'aider l'indépendance judiciaire, tout en évitant de programmer en mettant tous ses œufs dans un même panier. L'aide de la société civile convient bien à cet objectif : par exemple, dans certaines sociétés, il peut chercher à soutenir l'indépendance judiciaire, l'accès à la justice et la réforme de la loi en soutenant les ONGs qui présentent des affaires importantes au tribunal. Ces ONGs peuvent avoir un programme qui vient en complément mais ne recoupe pas celui du chargé de programme. Elles peuvent se concentrer sur le statut des femmes, la protection de l'environnement, les droits de l'homme, et toute une série d'autres sujets, mais peuvent faire progresser l'indépendance judiciaire par la pression et la persuasion qu'elles font peser sur les juges dans les procès. Et même si elles ont peu d'influence sur l'indépendance

¹⁴⁸ *Ibid.*, page 5.

judiciaire, il peut tout de même être utile de les soutenir si, par exemple, les femmes ou l'environnement en bénéficient de façon substantielle.

En termes plus généraux, vu l'éventail d'intérêts profondément ancrés et d'influences qui s'infiltrent dans les systèmes judiciaires de nombreuses nations, la société civile revêt une importance vitale qui va bien au-delà d'une simple consultation. Même si leurs leaders ont les meilleures intentions, les systèmes judiciaires ne peuvent pas être des organismes auto réformateurs. De plus, lorsque l'évaluation du chargé de programme indique la faiblesse voire l'absence d'un leadership judiciaire bien intentionné, la société civile peut constituer le seul véhicule possible pour faire passer les réformes.

3. *Expériences et leçons spécifiques*

La discussion qui suit fournit plusieurs exemples d'approches qui peuvent être utiles aux chargés de programme désireux de promouvoir l'indépendance judiciaire. Cependant, comme nous l'avons déjà souligné, ces approches ne doivent pas être comprises purement dans cette perspective. Les chargés de programme qui cherchent à promouvoir l'indépendance judiciaire doivent voir les avantages d'appuyer la société civile même si cet appui n'aborde pas seulement ou principalement l'indépendance judiciaire en tant que telle. Il importe de respecter les priorités des organisations partenaires locales, puisqu'elles peuvent être plus en contact avec les besoins de la société que tout bailleur de fonds ne pourrait l'être. De plus, une activité peut faire progresser plus d'un objectif à la fois et la réalité ne se répartit pas selon les catégories des bailleurs de fonds. Pour finir, soutenir l'indépendance judiciaire en combinaison avec d'autres objectifs, peut signifier que même si un programme ne réussit pas dans un domaine, il peut exceller dans un autre.

La discussion qui suit est agencée selon les pays parce que certaines de ces approches découlent des circonstances particulières à certains pays et c'est ainsi qu'il faut les comprendre. L'analyse fournit des directives provisoires là où ces activités pourraient convenir le mieux.

a. *L'Inde : l'utilisation de la formation pour influencer les membres et les perspectives du judiciaire*

Le Centre pour la justice sociale (Center for Social Justice – CSJ), une ONG indienne qui travaille dans une grande partie de l'état du Gujarat, a entrepris un travail unique en matière de formation juridique et judiciaire. Il ne se concentre pas particulièrement sur l'indépendance judiciaire mais néanmoins ses implications sont pertinentes.

Cette entreprise unique consiste à former des candidats en vue de nominations judiciaires. En d'autres termes, le Centre aide les candidats à préparer et à passer les examens de la fonction publique qui ouvrent l'accès aux postes subalternes du système judiciaire de l'état. En particulier, il aide les femmes et les *dalits* (terme utilisé de préférence au terme péjoratif « les intouchables ») à accéder à ces fonctions.

A première vue, ceci semble à l'opposé de la poursuite de l'indépendance judiciaire : une ONG qui aide à modeler le judiciaire en aidant à influencer ceux qui en feront partie. La question est de savoir s'il s'agit là d'une influence excessive. La réponse se trouve dans le contexte global des tribunaux et du barreau du pays. Ces organismes sont connus, et ceci de façon justifiée, en raison des « jugements d'action sociale », semblables aux affaires « d'intérêt public » des États-Unis qui étendent et protègent les droits des personnes désavantagées. Au niveau local, ces institutions sont affectées par le fait qu'elles s'occupent d'elles-mêmes au détriment de leurs clients, et ceci, bien plus que les explications habituelles,

explique les lenteurs légendaires des tribunaux du pays.¹⁴⁹

Le CSJ avait l'intention pour commencer de s'appuyer sur les jeunes avocats locaux pour fournir des services de conseil, de représentation, de formation et autres services juridiques. Cependant, il a rapidement réalisé que ces avocats avaient eux-mêmes une connaissance de la loi lamentable, ce qui est, dans une grande mesure, le résultat de la très mauvaise qualité de l'enseignement du droit en Inde. En réponse à cette réalité, le CSJ s'est appuyé sur des avocats de sa connaissance, meilleurs et plus expérimentés, pour former les avocats qui seraient éventuellement recrutés.

La formation des juristes a conduit à la formation des juges, à mesure que le CSJ a réalisé que la composition du pouvoir judiciaire reflétait le fait que les personnes désavantagées aient relativement peu accès à ces fonctions. De même, pour maintenir l'égalité et la diversité, le Centre a commencé à offrir de la formation aux femmes et aux *dalits* afin d'augmenter leur nombre dans les rangs des juristes du Gujarat. Ceci les aidait à passer les tests requis dans la fonction publique.

Quelle relation ceci a-t-il avec l'indépendance judiciaire ? Dans la mesure où les préjugés de sexe et de caste font partie des influences indésirables sur le pouvoir judiciaire indien, élargir la diversité en incluant des femmes et des *dalits* augmente le nombre de juges relativement libérés de ces préjugés. Cela peut également changer l'attitude des juristes qui doivent maintenant considérer les confrères

¹⁴⁹ Voir Robert S. Moog, *Whose Interests Are Supreme: Organizational Politics in the Civil Courts of India* [Quels sont les intérêts suprêmes : la politique organisationnelle dans les tribunaux civils de l'Inde], séries monographiques et ad hoc de l'Association pour les études asiatiques, N°54 (Ann Arbor : Association pour les Études Asiatiques, 1997).

originaires de ces groupes désavantagés comme des collègues. De plus, comme le souligne le rapport sur l'Égypte, « les études dans d'autres pays suggèrent que les femmes juges soient moins sujettes à la corruption que leurs collègues hommes ».¹⁵⁰

Le chargé de programme qui pense que la composition du judiciaire est un obstacle à son indépendance, peut envisager de soutenir une formation du genre CSJ dans les pays où la composition du judiciaire est déterminée par des examens. Cependant, cette expérience a des implications plus larges sur la programmation. Il sera également possible de soutenir les efforts non gouvernementaux visant à proposer ou soutenir des candidats judiciaires potentiels, et de garantir un degré plus élevé de compétence, de probité et de diversité dans le système judiciaire. On ne doit pas supposer au départ que cette formation et ces activités de soutien relèvent du barreau qui peut être soumis aux mêmes influences indésirables que le judiciaire. Il faudra également tenir compte d'autres ONGs orientées vers les droits de l'homme et le développement.

Un autre effort innovateur du CSJ est la formation de jeunes juristes que le Centre emploie par la suite et par lesquels il fait progresser l'accès à la justice. Un avocat zélé et compétent qui s'occupe de personnes désavantagées constitue un contrepois potentiel à la corruption, au favoritisme et aux préjugés qui caractérisent certains juges. Le fait que les pauvres puissent avoir un avocat, et que cet avocat soit compétent et s'intéresse financièrement plus à la justice qu'à des retards, apporte également un minimum de contrôle sur le train-train habituel des tribunaux.

Dès lors, les chargés de programme devraient tenir compte du fait que cette formation par des ONGs convient lorsque l'éducation juridique est insuffisante. Ils devraient également explorer l'accès à la

¹⁵⁰ Blackton, ouvrage cité, page 4.

justice en tant que stratégie pour l'indépendance judiciaire. Cela ne garantit pas seulement que les pauvres puissent être représentés ; cela vise également de façon intrinsèque à fournir une représentation qui n'apporte pas seulement du poids contre la partie adverse dans un litige juridique, mais contre l'influence indésirable que la partie adverse pourrait apporter.

b. Le Cambodge : commencer à zéro pour institutionnaliser l'accès à la justice

L'arrangement politique qui a apporté une augmentation massive de l'aide étrangère au Cambodge dans les années 1990 comprenait des efforts substantiels pour améliorer le système juridique et la situation des droits de l'homme dans ce pays. Le Groupe juridique international des droits de l'homme (IHRLG) a exécuté deux projets de société civile à cette fin. Vu que le pays et sa population ont été ravagés par vingt années de guerre et d'atrocités commises par les Khmers Rouges, l'isolement international et la dévastation économique, l'IHRLG et d'autres organisations occidentales ont naturellement lancé des initiatives beaucoup plus étendues que cela n'aurait été nécessaire dans de nombreuses autres sociétés.

Selon l'opinion générale, l'effort le plus réussi de l'IHRLG a été le groupe de travail sur les droits de l'homme, une initiative de collaboration avec les ONGs cambodgiennes pour d'augmenter leur capacité à suivre, documenter et aider à améliorer la situation des droits de l'homme. Un tel effort était nécessaire pour un grand nombre de raisons. Dans les années 1970 et 1980, alors que les communautés des droits de l'homme voyaient le jour dans d'autres nations, le Cambodge était ravagé par la guerre, par les Khmers Rouges qui avaient éliminé la plus grande partie des éléments éduqués de la population, l'invasion et l'occupation vietnamienne et l'isolement international. Le résultat fut que le groupe de travail a travaillé avec des ONGs locales dont le

personnel était très peu éduqué ou avait vécu dans des camps de réfugiés ou encore dans les pays occidentaux pendant les années 1980 et manquait généralement d'expérience dans les activités de soutien des droits de l'homme.

Alors que les actes du gouvernement actuel du Cambodge en matière de droits de l'homme comprend l'assassinat d'opposants politiques, la tolérance de et la participation à l'appropriation violente des terres et toute une série d'autres abus, la plupart des observateurs considèrent cependant que les efforts des ONGs cambodgiennes ont connu quelques succès. Elles constituent une petite barrière à ces pratiques et enregistrent à l'occasion des victoires importantes (par exemple, faire de la publicité autour de l'importation de matériaux toxiques), et fournissent des informations que la communauté internationale a utilisées pour empêcher que le comportement du gouvernement ne soit encore plus flagrant. Un élément notable dans la réussite du renforcement des capacités par l'IHRLG est qu'il a amené des avocats des droits de l'homme expérimentés des Philippines plutôt que des occidentaux pour accomplir l'essentiel de la formation et conseiller les Cambodgiens. Aussi différentes que soient les cultures philippines et khmères, les philippins étaient bien plus proches des cambodgiens en ce qui concerne leur orientation, ayant subi la dictature de Ferdinand Marcos dans les années 1970 et la première moitié des années 1980.

Bien que le groupe de travail ne se soit pas concentré principalement sur le judiciaire, son expérience a des implications potentielles sur la programmation de l'indépendance judiciaire. Dans les pays dans lesquels le gouvernement est hostile aux droits de l'homme, l'activisme des ONGs en faveur de ces droits peut affecter le climat global en créant des pressions externes et internes qui peuvent contribuer à donner plus de latitude au judiciaire.

Un autre projet de l'IHRLG a établi un programme d'aide juridique très élémentaire, le premier du genre au Cambodge. Étant donné qu'au début des années 1990 le pays n'avait qu'un tout petit nombre d'avocats, le programme a utilisé des non juristes que son personnel occidental a formé en vue de fournir une représentation juridique aux personnes accusées de faits criminels. Avant la mise en oeuvre du programme, la pratique courante de la police et des tribunaux était d'incarcérer ces accusés indéfiniment sans procès, à moins et jusqu'à ce que leurs familles puissent réunir des pots-de-vin suffisants pour acheter leur liberté. L'initiative de l'IHRLG a constitué une première étape cruciale pour remédier à cette situation. Pour la première fois, certains individus étaient accusés, jugés et acquittés dans les limites du temps mandaté (bien que l'on ne puisse vérifier dans quelle mesure les pots-de-vin payés par leurs familles avaient diminué). Et, bien que le comportement des juges soit encore soumis à de fortes influences financières et politiques, la présence d'avocats de la défense semble apporter une force assurant un suivi et un contrepois, ce qui fait qu'au moins certaines décisions judiciaires sont plus impartiales. Et, en comparaison avec l'état des choses avant cette initiative, toute libération de prison ne dépend plus obligatoirement de pots-de-vin et tous les procès n'aboutissent plus à une condamnation.

Les efforts de l'IHRLG pour aider les tribunaux directement au moyen d'un programme de tutorat étendu ont beaucoup moins réussi que ses projets de société civile ; ceci résulte en grande partie de la corruption rampante et du contrôle politique envahissant qui affectent les tribunaux et les autres institutions du gouvernement. Les juges du pays, qui n'ont qu'une formation minimale (la plupart sont d'anciens enseignants peu éduqués, même pour cette fonction) étaient incapables de se libérer des normes de corruption et de soumission au contrôle du parti, elles-mêmes profondément

ancrées dans la société, et une acceptation renforcée par un passé qui a montré que s'opposer aux autorités pouvait s'avérer fatal. Le dur travail du groupe avec les juges a eu peu ou pas d'effet durable parce que, que cela provienne d'un choix ou de pressions, ces juges étaient incapables d'utiliser les conseils et le soutien du groupe. De façon plus générale, on se posait et on se pose encore des questions quant à savoir si l'amélioration du pouvoir judiciaire concorde avec les priorités d'un gouvernement ouvert à la corruption et soutenu par la répression et qui verse 40 pour cent de son budget aux forces armées alors que les menaces militaires extérieures et intérieures sont minimales.¹⁵¹

Les implications en termes du programme sont au moins au nombre de trois. Premièrement, dans les pays dans lesquels l'assistance juridique est rudimentaire voire inexistante, il peut être nécessaire d'initier ou d'appuyer les efforts visant à bâtir des forces assurant un contrepois aux influences indésirables sur le judiciaire. Deuxièmement, il pourrait être très utile de faire venir une expertise étrangère pour former les personnels des nouvelles ONGs d'assistance juridique et superviser leur travail, et il serait plus approprié et plus économique de s'appuyer sur l'expertise existant dans la région plutôt que sur celle des occidentaux. Enfin, et de façon plus générale, l'expérience cambodgienne indique que l'assistance juridique peut être soutenue avec des effets positifs, même si le gouvernement ne la soutient pas.

c. *Les Philippines : objectifs divers et impact non intentionnel*

L'expérience des Philippines en matière de services journalistiques et juridiques, de suivi des tribunaux et de travaux d'enquêtes menés dans les années 1990, indique un certain nombre d'instances dans lesquelles les initiatives de la société civile ont été liées à l'indépendance judiciaire.

¹⁵¹ *The Economist*, 7 octobre 2000, page 107.

L'effet le plus spectaculaire de quatre de ces initiatives vient du Centre philippin du journalisme d'investigation (en anglais, le PCIJ), une ONG créée vers la fin des années 1980. L'éthique et la corruption judiciaire étaient devenues l'une des principales arènes du travail du PCIJ. Son acte le plus remarquable fut la publication d'un article qui révélait un comportement contraire à l'éthique d'un des juges de la Cour suprême, lequel a démissionné le lendemain. Certains membres de la profession juridique estiment que l'impact le plus important de cet article fut de limiter l'influence d'un des principaux protégés du président Marcos, qui aurait eu des liaisons avec la justice, sur les décisions des tribunaux.

Le Centre a préparé un certain nombre d'autres articles sur des comportements contraires à l'éthique et la corruption. Parmi ces articles, les positions et les agissements douteux de parents d'un ancien président de la cour suprême et l'interview d'un juge anonyme qui expliquait le mécanisme du comportement corrompu de ses collègues. Ces articles ont sans aucun doute aidé à sensibiliser le public sur l'existence de graves problèmes dans les tribunaux et ont probablement contribué aux efforts présents pour résoudre au moins quelques-uns de ces problèmes.

Cette expérience ne doit nullement aboutir à une programmation qui vise des personnes ou des institutions déterminées. Agir en ce sens serait très inapproprié et controversé. Les chargés de programme pourraient plutôt explorer dans quelle mesure les principaux journalistes accepteraient de créer des ONGs ou des programmes menant à des reportages d'investigation et dans ce cas, s'il faut centrer l'aide sur l'état de droit, plus généralement sur les questions de démocratie et de gouvernance, ou sur quelque sujet que les journalistes jugent plus approprié. Cette dernière option est celle pour laquelle le PCIJ a reçu la plus grande partie de l'aide des bailleurs de fonds, dont celle qui a mené aux articles relatifs au pouvoir judiciaire. Certes, dans les pays où

le journalisme d'investigation existe déjà, les chargés de programme pourraient envisager des allocations plus spécifiques, par exemple, pour l'état de droit, mais ne doivent pas suggérer de sujets spécifiques. La crédibilité de ces centres dépend du fait qu'ils fixent eux-mêmes leur programme d'investigation.

La société civile philippine agit également dans le système juridique par l'intervention de groupes juridiques alternatifs (GJAs), qui sont des ONGs de services juridiques qui encouragent le développement en établissant des partenariats avec les populations désavantagées allant de l'organisation des communautés aux plaidoyers en faveur de certaines politiques. Dans leur travail judiciaire direct et en aidant leurs partenaires à participer aux procédures judiciaires, ces ONGs créent des forces de contrepoids qui font progresser l'impartialité. Et, au cours de ces dernières années, certains de ces GJAs se sont de plus en plus engagés dans des discussions relatives à la réforme judiciaire. Cependant, l'axe principal du travail et des réalisations de ces GJAs se trouve dans d'autres sphères et surtout, d'une part, influencer de nombreuses lois et réglementations dans les domaines de l'environnement, des questions agraires, du logement urbain, des pêcheries, des administrations locales et des questions liées au sexe, et d'autre part collaborer avec les communautés et les assistants juristes pour veiller à ce que les réformes soient appliquées.

Du point de vue du programme, les bailleurs de fonds peuvent contribuer à l'indépendance judiciaire même en soutenant des activités relatives à d'autres aspects de l'état de droit et même d'autres domaines non juridiques. Par exemple, les GJAs qui se concentrent sur l'environnement ou les droits des femmes peuvent être financés sous la rubrique des programmes d'accès à la justice, des ressources naturelles ou d'égalité des sexes. Et même s'ils considèrent leur travail sous cet angle, ce travail a des répercussions sur

l'indépendance judiciaire. Les chargés de programmes qui se soucient de ces objectifs, mais qui veulent également promouvoir d'autres objectifs de développement doivent être conscients du fait que ces éléments se recoupent.

Des exemples de ramifications en faveur de l'indépendance judiciaire sont également donnés par l'expérience des ONGs sud-africaines à l'époque de l'apartheid, qui travaillaient dans le cadre des structures de répression de ce pays pour persuader les cours d'appel d'affirmer leur indépendance avec plus de vigueur. Les décisions qui en découlaient (contre des lois et règlements qui, entre autres, limitaient les droits des non blancs de vivre ou de voyager là où ils le voulaient) ont aidé à ébranler l'appareil judiciaire de l'apartheid. Il est clair que les systèmes judiciaires ne répondent pas tous à des arguments de jurisprudence sophistiqués avancés par des ONGs telles que le Centre des ressources juridiques de ce pays. Mais, lorsque le potentiel existe pour que ces arguments portent des fruits, les chargés de programme devraient considérer les procès d'intérêt public comme véhicule de l'expansion de l'indépendance judiciaire.

Une troisième initiative de la société civile touchant au système judiciaire philippin était le programme de « surveillance des tribunaux ». Ce programme, lancé en 1991 par le Mataka Business Club et d'autres organisations, comprenait la surveillance des activités des tribunaux par des étudiants en droit et d'autres personnes de l'extérieur, de façon à décourager les procédures abusives et à les détecter lorsqu'elles se produisaient. Cette idée, bien qu'abandonnée à la suite d'objections faites par des juges et d'autres parties, peut néanmoins faire progresser l'indépendance lorsqu'elle est soutenue par les leaders du judiciaire. Lorsque ce soutien existe, les chargés de programme peuvent la considérer comme faisant partie de tout un ensemble d'activités relatives à l'indépendance judiciaire. Mais, lorsque ce soutien n'existe pas, cela peut indiquer aux chargés de programme que d'autres

initiatives relatives à l'indépendance judiciaire ne recevront aucun soutien sincère de la part des échelons supérieurs.

La quatrième initiative a été un travail d'enquête réalisé pendant une grande partie des années 1990.¹⁵² Orientée vers l'évaluation et la publication des attitudes du public, du judiciaire et des avocats envers le système de la justice, elle a sans aucun doute joué un rôle en faisant connaître le faible niveau de confiance du public envers l'intégrité du judiciaire et de ses opérations.

L'expérience des Philippines montre que les chargés de programme qui cherchent à encourager l'appui extérieur ou à faire pression en faveur d'un pouvoir judiciaire indépendant disposent de toute une série d'options relatives à la société civile. Dans de nombreuses situations, il serait préférable de les utiliser en tandem, à savoir combiner l'accès à la justice, le journalisme d'investigation, l'observation des tribunaux et les enquêtes. Ce mélange peut être utilisé en combinaison avec un travail direct avec les tribunaux, mais devrait également être un travail en soi lorsque la conscience du public et l'engagement des élites envers la réforme sont absents. On peut espérer que ce travail aidera à stimuler la conscience et l'engagement.

d. Le Bangladesh : travailler avec et en contournant les tribunaux.

Au Bangladesh, les efforts de la société civile qui ont fait progresser l'indépendance judiciaire sont apparus en deux instances liées entre elles au niveau des appels et de la jurisprudence. Une conférence organisée en 1992 par Ain O Salish Kendra et

¹⁵² Voir par exemple, Mahar Manhagas et al., *Monitoring the State of the Judiciary and the Legal Profession [Suivi de la situation du judiciaire et la profession juridique]*. Un rapport par les Stations du temps social en collaboration avec le Centre des études de la Cordillera, Université des Philippines, Baguio (Manille : Stations du temps social, octobre 1996).

l'Association d'assistance juridique de Madaripur, deux ONGs de services juridiques, réunissait des avocats et des juristes chevronnés de toute l'Asie du Sud. Elle soulignait des décisions progressistes prises par la Cour suprême indienne. En guise de suivi, une troisième ONG, l'Association bangladaise des juristes de l'environnement (BELA) a invité des juristes bangladais de haut rang aux événements qu'elle organisait, souvent comme sources d'information. Ainsi, les juristes se sont familiarisés avec l'ONG et ses points de vue, ce qui a réduit la perception par le pouvoir judiciaire des ONGs comme des organisations étrangères au courant juridique principal. Ceci, à son tour a contribué à ce que les arguments de l'association BELA soient entendus sur la base de leur mérite en présentant des affaires devant les tribunaux.

La combinaison de ces activités peut fort bien avoir contribué à un jugement décisif de la Haute Cour sur le droit de l'ONG d'intenter des procès. De façon plus spécifique, en 1996, la Cour a décidé en faveur de l'argument de l'association selon lequel les personnes qui avaient été déplacées par un programme gouvernemental de lutte contre les inondations, avaient le droit d'être dûment réinstallées et dédommagées.

D'autres pays présentent des exemples semblables d'interactions entre les ONGs et le pouvoir judiciaire d'une manière qui fait écho à l'expérience du Centre pour la justice sociale de l'Inde mentionnée plus haut. Le Centre des études juridiques appliquées de l'Afrique du Sud a lancé, dans les années 1980, une série de conférences « justice et société », qui réunissaient des juristes largement conservateurs et des avocats progressistes pour la première fois en dehors du cadre de la confrontation au tribunal ; il ne fait aucun doute que ces conférences ont aidé à adoucir les perspectives et les décisions des juristes conservateurs. Au Pakistan, les ONGs Rozan et la Cellule d'aide juridique AGHS ont enseigné et

donné des conseils à la police et autres agents officiels du secteur de la justice. Le Bureau juridique des femmes aux Philippines et le Centre d'assistance juridique de Namibie ont participé à la préparation de programmes d'étude pour les juges et de manuels pour les magistrats dans leurs pays respectifs. En Mongolie, le Centre national contre la violence a enseigné à la police, aux juges et aux procureurs les sujets relatifs à la violence contre les femmes.

Ces activités peuvent aider à établir la légitimité de ces ONGs devant les juges. Elles offrent également aux juristes une perspective qu'ils n'auraient pas reçue si ce travail avait été entrepris par des fonctionnaires du gouvernement ou des professeurs de droit : l'expérience des ONGs à la base et comment la loi fonctionne ou ne fonctionne pas dans la réalité.

Dans la mesure où l'une ou l'autre de ces activités a eu une influence sur les juristes concernés, cette influence était-elle indésirable ? Au sens étroit, non, parce que les sujets n'étaient pas discutés devant un tribunal. Mais dans un sens plus large, la réponse est encore non, parce que ce que font ces ONGs les place sur le même plan que des avocats expérimentés et autres personnes influentes qui ont des liens professionnels et personnels avec des juristes dans de nombreux pays. Tout simplement, cela égalise un peu le terrain de jeu juridique.

Les chargés de programmes qui s'efforcent de promouvoir cette interaction entre les ONGs et le pouvoir judiciaire ne doivent pas le faire en commençant obligatoirement par proposer de tels partenariats. Mais, en établissant tout d'abord des relations avec les parties qui pourraient être impliquées, ils se placent mieux pour jouer le rôle d'un intermédiaire honnête qui facilitera la collaboration. Bien sûr, les relations ne devraient pas être établies uniquement pour servir ces objectifs étroits. Leur valeur consiste plus généralement à comprendre si et comment l'état de droit fonctionne dans

une société donnée et à apprécier les perspectives de ces organisations. Certes, le problème consiste à forger des liens qui facilitent une telle compréhension, mais sans se co-opter dans le processus.

Le Bangladesh vaut la peine d'être cité pour au moins deux autres raisons qui servent nos objectifs. Premièrement, il représente le seul exemple connu de l'auteur en Asie où une association d'avocats, le Conseil du barreau du Bangladesh a participé à un programme national d'aide juridique efficace. Quelle relation ceci a-t-il avec l'indépendance judiciaire ? Comme dans d'autres pays, cet effort d'accès à la justice fait contrepoids aux influences abusives qui vont à l'encontre de l'indépendance judiciaire. Engager le Conseil du barreau dans un effort d'assistance judiciaire, consiste à attirer cette association dans une activité implicitement orientée vers l'indépendance judiciaire.

Une autre caractéristique plus distincte de cet effort est que l'ONG établie à ces fins, le Trust de l'assistance et des services juridiques du Bangladesh, est affiliée au barreau tout en jouissant d'une autonomie considérable. Il ne faut donc pas le considérer comme un programme du barreau, bien que ce soient les leaders du barreau qui aient eu l'initiative de la création de cette ONG. Cette distinction est importante parce qu'elle suggère un modèle d'efforts qui peut être repris ailleurs : fonctionner plus comme une ONG de services juridiques indépendante que comme une branche du barreau.

Les implications au sens large pour les chargés de programmes sont qu'ils peuvent aider à renforcer l'indépendance judiciaire en facilitant les contacts tant officiels qu'informels entre les juristes et les éléments de la société civile. Les chargés de programme peuvent suggérer des partenariats et des activités spécifiques, mais ceci ne sera pas toujours nécessaire. Dans de nombreuses circonstances, une fois les relations établies, elles peuvent aboutir à la

collaboration et/ou à des propositions qui feront progresser l'indépendance judiciaire dans des voies que les bailleurs de fonds ne peuvent ni prédire ni planifier.

4. Options et perspectives plus larges

a. Seuils d'intervention

- Ce qui est souvent implicite doit devenir explicite : lorsqu'on décide de lancer une initiative en faveur de l'indépendance judiciaire ou tout programme relatif à l'état de droit, l'étape clé n'est pas de faire une évaluation des besoins. Bien qu'elle constitue une partie nécessaire du processus, une telle évaluation révélera toujours des besoins concernant le judiciaire, d'autres institutions ou probablement tout sujet que le chargé de programme choisira. Par contre, une évaluation des intérêts et des incitations et une évaluation des opportunités permettraient de décider où les ressources devront être affectées.
- L'évaluation des intérêts et des incitations tient compte des intérêts individuels et institutionnels qui sont en faveur de, s'opposent à ou ont des programmes mitigés concernant, par exemple, la réforme judiciaire. Dans le cadre de ce processus, le chargé de programme pose diverses questions. Dans quelle mesure ces intérêts et incitations sont-ils ancrés dans l'histoire, la culture, la politique et l'économie du pays ? Quelles sont à ce jour mon expérience et celle d'autres agences de développement qui poursuivent des programmes avec ces personnes et institutions, et qu'est-ce que cela signifie pour les intérêts en jeu ? Quelles incitations existent pour maintenir ou réformer un comportement qui doit changer ? Les leaders du judiciaire et autres

- leaders du gouvernement sont-ils suffisamment engagés envers la réforme pour surmonter l'opposition ?
- L'évaluation des opportunités filtre cette identification des besoins par l'analyse des intérêts et des incitations pour déterminer où se trouvent les meilleures opportunités d'impact. Elle tient compte du lieu où on trouve un dévouement sincère envers la réforme. Elle attache aussi du poids aux idées, aux stratégies, aux activités et aux projets potentiels qui poussent sur le sol intellectuel du pays hôte. Pour finir, cette évaluation tient compte des coûts d'opportunité : quelle alternative pourrait être accomplie dans la décennie à venir si le financement était alloué à différentes priorités ?
- b. *S'engager avec la société civile pour l'indépendance judiciaire*
- De façon plus générale, il importe que le chargé de programme comprenne qu'il est possible que les contributions des organisations de la société civile à l'indépendance judiciaire soient un produit auxiliaire de leur travail. L'expérience dans le monde montre que le travail des ONGs est le plus efficace lorsque les bailleurs de fonds les laissent fixer leur propre programme. Aucune influence d'ONGs juridiques décrite dans cet article n'a découlé d'une intention planifiée à l'avance par le bailleur de fonds ou le bénéficiaire d'influencer l'indépendance juridique. Par contre, elle est issue du fait que les agences de financement se sont fiées au bon jugement de leurs partenaires bénéficiaires et ont structuré leur soutien de façon suffisamment souple pour permettre aux ONGs de décider de leurs propres actions et priorités. Alors, dans tous les cas, ces actions avaient aussi un impact sur l'indépendance judiciaire.
- limiter les bénéficiaires à un éventail étroit d'activités réduit leur efficacité et les rend incapables de relever de nouveaux défis et de répondre à de nouvelles opportunités. Un appui institutionnel qui permet aux ONGs d'établir leur propre programme est souvent préférable.
- La préférence pratique pour un soutien institutionnel peut fournir un certain degré d'isolement politique à une agence de financement qui se soucierait du risque de couper les ponts avec les organismes d'État si elle finançait des ONGs ou des efforts des médias qui critiquent l'état dans le but de renforcer l'indépendance judiciaire. En fait, il serait préférable d'expliquer qu'il est légitime que le soutien institutionnel laisse le bénéficiaire décider de son propre programme. Ceci en contraste avec des dons qui spécifient des tâches qui pourraient être controversées.
 - L'appui à la société civile ne doit pas être seulement considéré comme une alternative au financement des institutions d'état. Ce chapitre a identifié un certain nombre de cas où les ONGs ont entrepris d'assurer la formation et de collaborer avec les systèmes judiciaires, la police et d'autres agences du secteur de la justice. Une telle interaction peut produire des bénéfices multiples et un rapport coût bénéfices avantageux.

D. Le contexte des programmes d'indépendance judiciaire : l'amélioration des diagnostics, le développement d'environnements favorables et le renforcement de groupes économiques partisans
*par Erik Jensen*¹⁵³

1. Introduction

Agencement de cet article. Cet article, qui pourrait porter le sous-titre « diagnostiquer le système juridique afin de comprendre les problèmes et d'ajuster les interventions pour la réforme et l'indépendance judiciaires », est divisé en quatre sections.

La première section présente des méthodes empiriques et procédurales qui s'efforcent d'établir les priorités dans le développement du programme de réforme judiciaire. Vu le peu de données disponibles pour cibler les mesures de réforme et réunir des groupes de partisans pour la réforme, cette section pose trois questions :

1. Que fait le pouvoir judiciaire et pourquoi ? Une programmation bien ciblée et efficace de l'indépendance et de la réforme judiciaires exige des données de départ empiriques bien meilleures.
2. Combien de financement est un financement suffisant ? Les allocations budgétaires ont une influence directe sur les programmes d'indépendance judiciaire, tant pour fournir des ressources adéquates au pouvoir

¹⁵³ L'auteur tient à remercier les cadres de direction de la Fondation pour l'Asie pour leur encouragement actif de la pensée critique et des applications sur le terrain qui testent les idées permettant à la réforme judiciaire d'aller de l'avant. L'auteur remercie également Tom Heller et le projet de l'état de droit de la Faculté de droit de l'Université de Stanford de créer des opportunités d'explorer et de tester de manière empirique des questions essentielles mais peu étudiées dans la réforme judiciaire.

judiciaire que pour une allocation judicieuse de ces ressources au sein du pouvoir judiciaire.

3. Combien de participation est une participation suffisante ? Des procédures de participation crédibles pour bâtir une clientèle de partisans de la réforme sont aussi importantes que la mesure de la réforme elle-même. Alors que tout le monde s'affirme en faveur de l'habituelle formule magique de la participation, en fait peu de gens reconnaissent sincèrement sa valeur pour établir l'ordre des priorités et la mobilisation des partisans. Ce domaine est entouré d'une épaisse couche de cynisme parce que la participation a souvent servi d'instrument pour ratifier des programmes préconçus plutôt que de rechercher de bonne foi des idées et de les appliquer.

La deuxième section suggère que le développement d'un environnement favorable dans lequel les programmes de réforme judiciaire peuvent prendre racines doit être le précurseur de toute programmation efficace de réforme judiciaire. Un tel environnement favorable exige que l'on possède une meilleure densité d'information sur le pouvoir judiciaire, ce qu'il fait, qui le compose, la qualité de ses décisions et les effets de ses décisions sur l'économie et les droits de l'homme. En se fondant sur des données fiables, les réformes peuvent cibler et améliorer les éléments du système avec plus d'efficacité.

La troisième section se penche brièvement sur des questions spéciales liées au renforcement de groupes économiques partisans des réformes telles que celles qui mènent à l'indépendance judiciaire et à une gouvernance administrative améliorée. Porter l'attention sur des partisans économiques souvent oubliés peut produire des résultats en catalysant les programmes

de réforme judiciaire et en les rendant plus durables.

La quatrième section est un post-scriptum qui souligne brièvement trois approches distinctes à la programmation de la réforme judiciaire. Elle recommande vivement de suivre une approche interdisciplinaire étendue en abordant les programmes judiciaires.

Outils qui permettent de faire des choix stratégiques. Le philosophe britannique Sir Isaiah Berlin faisant une fois remarquer: « nous sommes condamnés à choisir et chaque choix peut aboutir à une perte irréparable. »¹⁵⁴ Les agents de l'USAID doivent faire des choix stratégiques quant à l'affectation des ressources humaines et financières. Nous espérons que cet article les aidera à accomplir cette importante fonction.

2. *Amélioration des données empiriques et de la méthodologie du processus*

Historiquement, les programmes de réformes juridiques et judiciaires ont souffert d'une base empirique extraordinairement faible pour appliquer des ordonnances politiques bien articulées.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Sir Isaiah Berlin, *The Crooked Timber of Humanity : Chapters in the History of Ideas [La charpente difforme de l'humanité: chapitres de l'histoire des idées]* (Knopf: 1991)

¹⁵⁵ Du point de vue historique, les problèmes empiriques sont dus aux quatre raisons principales suivantes : la faiblesse de la base empirique est due en partie aux problèmes inhérents au secteur. Il est difficile de procéder à des comparaisons entre pays. De même, il n'est pas toujours possible de mesurer un succès relatif dans la résolution des conflits. Un autre facteur provient des ressources humaines relativement maigres du secteur. Alors que certaines grandes facultés de droit offrent de solides options interdisciplinaires, la plupart d'entre elles sont particulièrement faibles. Et la plupart des écoles qui offrent de solides études interdisciplinaires négligent totalement l'analyse des systèmes juridiques. Ceci est en train de changer mais bâtir une telle expertise prendra du

Certains pourraient lire ces lignes et penser que toutes les recommandations soutiennent la recherche et la procédure plutôt que l'action ou les « résultats ». La recherche proposée peut et doit être directement liée à un programme d'action. Les problèmes du passé ont souligné l'importance de données fiables pour mieux cibler les efforts, réduire le gaspillage et améliorer l'impact du programme. De plus, au cours de ces dix dernières années, une méthodologie a été développée et testée pour obtenir ces données. A titre d'exemple, les bailleurs de fonds ne s'embarqueraient jamais sur un programme de contraception sans s'assurer auparavant que les contraceptifs sont disponibles dans la zone du projet. De même, une recherche stratégique visant à développer l'information de base nécessaire doit être incorporée dans les programmes de réforme judiciaire.

temps. Un troisième facteur est le fait que la plupart des juristes aient peu de compétences en matière de recherche empirique. Par exemple, des articles sur le droit et le développement publiés au cours des dernières années dans des revues juridiques de pointe reposaient dans une large mesure sur de simples coupures de presse. Un quatrième facteur qui est lié à la base limitée des ressources humaines est le fait que la confrérie juridique refuse de collaborer avec les sociologues. Les opinions des avocats et des juges sont importantes mais, jusqu'à ce jour, ce groupe a plus que dominé la recherche diagnostique des systèmes juridiques. La majorité de la littérature qui traite de la réforme juridique et judiciaire est étroite et fortement technocratique. Les efforts de réforme sont limités par la capacité des cultures internes juridiques de se réformer d'elles-mêmes. Le choix du personnel de la phase préparatoire des projets de réforme judiciaire souligne et perpétue cette limitation. Les équipes de consultants pour la préparation des projets de réforme juridique et judiciaire ont tendance à être composées exclusivement d'avocats et de juges. Le fait d'exclure les économistes institutionnels, les spécialistes des sciences politiques et autres sociologues contribue à ces défauts dans la planification des projets. Cependant, les choses sont en train de changer.

La présente section répond à trois questions liées aux programmes de réforme judiciaire : que fait le judiciaire et pourquoi ? Combien de financement est un financement suffisant ? Combien de participation au processus de réforme judiciaire est-elle une participation suffisante ?

a. *Que fait le pouvoir judiciaire et pourquoi, et comment est-il perçu ?*

Même dans les pays où les projets de réformes juridiques et judiciaires ont été mis en oeuvre de façon relativement robuste, l'expérience internationale a montré que les projets n'ont généralement pas produit les améliorations des systèmes, les résultats et les vastes effets promis. Au cours des deux dernières années, ceci a mené à la réévaluation des relations entre l'élaboration du projet et les buts poursuivis. Des efforts sont maintenant en cours pour creuser un domaine dans lequel on comprend mal l'évolution des institutions juridiques : la désagrégation de l'offre, de la demande et du traitement des affaires par les tribunaux. Cette analyse, qui pourrait inclure des questions liées à l'indépendance judiciaire s'efforce de répondre à des questions telles que : en réalité, que font les tribunaux ? pourquoi les tribunaux font-ils ce qu'ils font ? La façon dont le public perçoit ce que font les tribunaux est directement liée à leur légitimité. Les anciens programmes de réformes judiciaires dont l'information et la conception venaient presque exclusivement de la culture juridique interne¹⁵⁶, n'ont pas introduit les besoins et les expériences des citoyens ordinaires (les « consommateurs » des services judiciaires) dans la résolution des litiges. Pour jouir d'une indépendance *de fait*, les tribunaux doivent développer leur

¹⁵⁶ Par « culture juridique interne », on entend les avocats et les juges sur le plan national et international. Les équipes de consultants sont souvent exclusivement composées d'avocats et de juges et ceux qui sont consultés pour le programme des réformes sont également des avocats et des juges.

légitimité afin de bâtir une base puissante de soutien.

La désagrégation de l'offre et de la demande. Les tentatives de désagréger l'offre et la demande au sein du pouvoir judiciaire peuvent offrir d'importants enseignements internes et fournir les outils nécessaires pour cibler les interventions et structurer les incitations pour améliorer la performance. Un mauvais diagnostic des problèmes de performance judiciaire augmente la probabilité que le projet soit voué à l'échec. Par exemple, en Indonésie, malgré de vastes rapports qui analysaient la performance judiciaire et recommandaient des réformes, on possède peu d'information empirique sur le fonctionnement réel des tribunaux. Ceci, alors qu'un bon ciblage exige, entre autres choses, une analyse serrée des tendances dans l'utilisation du système aux différents niveaux du pouvoir judiciaire, et surtout au niveau des tribunaux subalternes, une évaluation qualitative des motivations des plaignants et des non plaignants pour avoir accès ou non aux tribunaux¹⁵⁷ et enfin une base de départ pour comprendre certains problèmes spécifiques dans le traitement de certains types d'affaires. On doit alors poser plusieurs questions:

1. Quels types d'affaires sont portés devant les tribunaux ?
2. Qui présente ces affaires devant les tribunaux *et pourquoi* (particuliers et organisations) ?
3. Qui les défend (particuliers et organisations) ?
4. Combien de temps faudra-il pour que certains types d'affaires soient traités ?

¹⁵⁷ Une évaluation qualitative est fondée sur des entretiens avec des plaignants et des futurs plaignants. Des données quantitatives recueillies sur le traitement des affaires judiciaires permettent également de faire des déductions sur la motivation.

5. Quels sont les types d'affaires qui ont le plus de chance d'être portés devant le tribunal ?
6. Lorsqu'il y a un procès, quelle est sa durée ?
7. Quelle est la pratique pour les motions et autres demandes pour le temps du tribunal dans certains types d'affaires ?
8. Combien de fois accorde-t-on des prolongations et combien d'audiences ont lieu pour certains types d'affaires ?
9. Quels types d'affaires pourraient bénéficier de programmes de résolutions de litiges par des voies alternatives ?
10. Y a-t-il des preuves pour affirmer qu'un plus grand nombre de plaignants ferait appel aux tribunaux ou à d'autres tribunes de résolution des conflits si les tribunaux ou ces tribunes agissaient de façon plus efficace ?

Alors que la littérature foisonne de références aux « systèmes judiciaires surchargés », cette affirmation quelque peu générale doit être acceptée avec un certain scepticisme.¹⁵⁸ Les données empiriques brutes peuvent indiquer une surcharge dans certaines parties du système et une sous-utilisation déplorable dans d'autres. Le travail empirique que nous recommandons ici peut mener à une meilleure compréhension des structures d'incitation au sein du pouvoir judiciaire et des charges relatives de travail dans le système. Par exemple, si le nombre d'affaires en attente est suffisamment grand, les juges peuvent éviter d'avoir des comptes à rendre lorsqu'ils ne prennent pas de décisions en

temps voulu dans des affaires difficiles. Cette constatation fait suite à un travail de recherche, entrepris sous la tutelle de la Fondation pour l'Asie, financé par la Banque asiatique de développement et achevé en 1999, pour diagnostiquer la réforme juridique et judiciaire au Pakistan. Une recherche sur la charge de travail au niveau national a révélé que les juges évitaient systématiquement les affaires difficiles (telles que certains litiges fonciers et commerciaux) parce que les critères de la performance judiciaire offraient en fait aux juges des incitations perverses pour résoudre les affaires simples et éviter les cas difficiles. La performance judiciaire est mesurée en résolvant un nombre minimum « d'unités » par mois. Chaque type d'affaire vaut un nombre fixé d'unités, fondé sur la difficulté de l'affaire et le temps estimé nécessaire à sa résolution. Comme il y avait un nombre substantiel d'affaires en retard dans certaines parties du pays, les juges pouvaient décider d'éviter les affaires difficiles en faveur de nombreux cas faciles qui ont généralement moins d'influence sur l'économie et la société. L'étude a également révélé certaines parties surexploitées dans le système. C'est là un des nombreux exemples de la valeur de cette recherche pour mettre à jour ce que fait le système et comment il est manipulé. Entre autres choses, cette recherche sert également à vérifier le nombre d'affaires illégitimes ou sans valeur dans le système, le nombre d'affaires où les biens publics sont en jeu et le niveau et la nature de l'implication du gouvernement dans les actions en justice. Ce type d'information est essentiel pour pouvoir élaborer une programmation efficace de la réforme judiciaire.

La perception de ce que font les tribunaux : les enquêtes d'opinion publique. La mesure et l'analyse de la demande pour un système judiciaire indépendant sont un domaine de recherche important. Le développement d'une telle demande est centré sur les relations entre l'environnement institutionnel interne et la demande publique pour des réformes parmi divers groupes de

¹⁵⁸ Pour ne citer qu'un exemple, voir Mark K. Dietrich, *Legal and Judicial Reform in Central Europe and the Former Soviet Union: Voices from Five Countries [La réforme juridique et judiciaire ; les voix de cinq pays d'Europe centrale et l'ancienne Union Soviétique* (Banque mondiale, 2000), page 6.

partisans qui peuvent se mobiliser pour canaliser cette demande (par exemple, les acteurs économiques, les activistes des droits de l'homme et les citoyens qui sont confrontés aux problèmes de la vie courante). Les enquêtes d'opinion sont un outil utile pour vérifier et analyser la demande, bien que des exemples de telles enquêtes venus des États-Unis aient peu d'utilité dans la préparation de questionnaires d'opinion dans des pays où les citoyens sont moins familiarisés avec le fonctionnement des tribunaux. Une enquête d'opinion publique sur la résolution des litiges, préparée par la Fondation pour l'Asie et financée par l'USAID, et actuellement faite en Indonésie en collaboration avec AC Nielsen, est un exemple plus pertinent pour le contexte des pays en voie de développement. L'enquête fournira des renseignements sur les types de litiges qui opposent les citoyens, où les citoyens résolvent leurs litiges, quelles questions créent la plus forte demande pour des réformes et comment on peut renforcer et mobiliser les groupes de partisans.¹⁵⁹

b. Combien de financement est un financement suffisant ?

Maintenant le lecteur peut penser « enfin nous venons d'arriver à un des problèmes techniques traditionnels liés à l'indépendance du judiciaire. » Mais, pour commencer et avant d'aborder l'analyse peu concluante des options de financement, il importe de souligner la valeur d'une bonne analyse budgétaire quant à l'allocation de ressources au pouvoir judiciaire vis-à-vis des autres branches du gouvernement (et des forces armées), ainsi que l'allocation des ressources au sein du pouvoir judiciaire. Les dépenses des bailleurs de fonds pour ce type d'analyse seront de l'argent bien dépensé. C'est là un domaine dans lequel la collaboration entre les sections de l'USAID pour la croissance économique et pour la

démocratie et la gouvernance peut être fructueuse. D'habitude les fonctionnaires sur le terrain chargés de la croissance économique seront en mesure d'identifier et de contacter les experts locaux en finances publiques pour entreprendre l'analyse et de contribuer également au développement d'un cadre pour la recherche, l'analyse des données et l'évaluation. Les budgets doivent être analysés non seulement au niveau national, mais encore aux niveaux inférieurs, à savoir des provinces, des états et des localités s'ils contribuent au budget du judiciaire. Une explication détaillée de la procédure que suit le pouvoir judiciaire pour préparer et présenter son budget doit être incluse dans cette analyse, qui pourrait probablement révéler un manque de capacité des systèmes judiciaires pour préparer et présenter des budgets professionnels.

Entre autres instruments internationaux, les « Principes fondamentaux des Nations Unies relatifs à l'indépendance de la magistrature » appellent les gouvernements à fournir à leur pouvoir judiciaire « des ressources adéquates » pour leur permettre d'accomplir leurs fonctions. Laissons de côté la plus grande question : dans les pays les plus pauvres, où doit-on placer le financement du pouvoir judiciaire parmi la série d'obligations internationales concurrentes qui ont des implications en matière de financement ? Donc, combien de financement est un financement « suffisant » ? On peut rétorquer avec la question: est-ce que le niveau actuel du financement est clairement insuffisant ? Aux Philippines, un peu plus d'un pour cent du budget va au pouvoir judiciaire; au Pakistan, 0,2 pour cent du budget national et 0,8 pour cent du budget provincial vont au pouvoir judiciaire. Il n'est pas surprenant que dans les deux pays les tribunaux estiment que l'allocation budgétaire est insuffisante. Vu la rareté des ressources et les demandes financières concurrentes dans la plupart des pays en voie de développement, on recommande une stratégie en deux phases pour les pouvoirs judiciaires qui souhaitent construire une

¹⁵⁹ Les résultats de cette enquête seront disponibles vers la fin de l'année à la Fondation pour l'Asie.

argumentation pour une augmentation du financement.

Première phase : développer des systèmes transparents d'allocation des ressources au sein du judiciaire. Pour justifier une augmentation des ressources allouées, il faut rassembler des arguments pour prouver que (1) ce que fait le pouvoir judiciaire est utile et (2) il pourrait fournir plus de services utiles avec plus de fonds. L'étude faite plus haut sur ce que fait le pouvoir judiciaire et pourquoi est directement liée à la préparation de la première partie de l'argumentation. La deuxième partie, que le pouvoir judiciaire pourrait faire plus de travail utile s'il avait plus de fonds, sera impossible à présenter de façon crédible si le pouvoir judiciaire lui-même fait un mauvais travail dans l'allocation interne des fonds. Notons ici que le niveau d'autonomie fiscale des systèmes judiciaires varie beaucoup d'un pays à l'autre. Par exemple, certains budgets judiciaires font l'objet d'une micro-gestion par les ministères de la justice¹⁶⁰ ; d'autres reçoivent plus ou moins une allocation en bloc du pouvoir législatif aux niveaux national et sous-national dans le cadre d'une dernière ligne au budget. Lorsque les budgets sont micro-gérés par les fonctionnaires, c'est un problème structurel interne qui doit être résolu.¹⁶¹ Les commentaires qui suivent concernent les contextes dans lesquels le pouvoir judiciaire jouit d'une certaine latitude dans l'allocation de ses ressources.

¹⁶⁰ Ce serait le cas, par exemple, de la Slovaquie. Pour une excellente étude de ce modèle et pour des recommandations de créer des chapitres spéciaux des budgets pour les cours suprêmes ainsi que les tribunaux régionaux, voir l'étude du cas de la Slovaquie. Voir aussi l'excellente étude du cas de l'Ukraine. Mais il faut se souvenir qu'aux États-Unis, le Département de la Justice gérait le budget des tribunaux fédéraux jusqu'en 1939.

¹⁶¹ Les articles couvrant les divers pays contiennent des analyses intéressantes, voire familières, des problèmes d'allocation des budgets, y compris l'éternel problème de l'allocation par les ministères de la justice.

Une mauvaise allocation des ressources au sein du pouvoir judiciaire doit sérieusement inquiéter les fonctionnaires de l'USAID chargés de la démocratie et de la gouvernance.¹⁶² Il suffit de visiter les bâtiments des Cours suprêmes ou Hautes Cours de nombreux pays en voie de développement, qui sont de véritables palais, pour comprendre que les tribunaux subalternes sont clairement relégués au dernier rang de la chaîne alimentaire en matière d'allocations budgétaires au sein du pouvoir judiciaire. Au cours des dernières années, lorsque la valeur relative des ressources rétrécissait, les tribunaux de rang supérieur ont de plus en plus eu tendance à refuser aux tribunaux subalternes les ressources dont ils avaient désespérément besoin. Comme nous l'avons mentionné plus haut, les installations sont très différentes entre les tribunaux de rang supérieur et ceux de rang subalterne. Il en est de même pour les salaires et les avantages sociaux. Il n'est pas rare de voir les juges des tribunaux de rang supérieur recevoir un salaire de huit à dix-huit fois supérieur à celui des juges de tribunaux subalternes. Les juges des cours supérieures n'apprécient souvent pas l'effet démoralisant de différences aussi flagrantes. Une mauvaise gestion grossière des ressources au sein du pouvoir judiciaire mine la crédibilité des arguments avancés en faveur de l'augmentation des promesses budgétaires faites au secteur judiciaire.¹⁶³

¹⁶² Alors qu'une attention disproportionnée a été portée au rôle constitutionnel des tribunaux, on a prêté trop peu d'attention au rôle des tribunaux dans une démocratie portée au débat : l'opinion que les citoyens ont des tribunaux. Un des effets de ce déséquilibre théorique est que les tribunaux d'instances inférieures ont reçu beaucoup moins d'attention de la part des bailleurs de fonds.

¹⁶³ Dans de nombreux pays, la profondeur et l'étendue du désespoir, de la corruption et des incitations perverses au sein du pouvoir judiciaire subalterne est à peine imaginable. Le personnel des tribunaux est aliéné et démoralisé. Les voies de dialogue avec les échelons supérieurs du pouvoir judiciaire sont souvent obstruées. De plus, la dépréciation des monnaies

Les anecdotes sans fin qui décrivent que les juges des tribunaux subalternes n'ont pas suffisamment de papier et de trombones attirent la sympathie, mais si le papier et les trombones ont été refusés parce que les échelons supérieurs des systèmes judiciaires ont alloué ces ressources pour leur propre confort, les récits compatissants sonnent creux. Dernièrement, dans un certain pays, des fonds du budget judiciaire réservés à la construction d'un tribunal subalterne dans une zone où le tribunal était logé dans une tente, ont été réalloués par la cour d'appel pour couvrir les dépenses hautement discrétionnaires des juges d'appel. Encourager les pouvoirs judiciaires à faire preuve de transparence et de responsabilité dans le cadre de l'allocation du budget est une première étape importante pour construire une argumentation en faveur de niveaux de financement « adéquats ».

Deuxième phase : examiner des méthodes alternatives de financement du pouvoir judiciaire pour garantir qu'il est « adéquat » et assuré. Cette section examine brièvement cinq options pour procurer des fonds au pouvoir judiciaire : un pourcentage fixe du budget, les droits d'engagement des poursuites, les intérêts sur les fonds déposés au tribunal, l'attribution statutaire des frais judiciaires et les recettes provenant des pénalités et des amendes.

La sécurité constitutionnelle : un pourcentage fixe du budget. En supposant que le pouvoir judiciaire fasse des progrès dans la première phase, c'est-à-dire qu'il renforce sa capacité à préparer et présenter des budgets et établisse sa crédibilité pour une allocation prudente des ressources, cette sous-section examine les approches d'un budget constitutionnel et fixe ; la section suivante examine les fonds générés par le pouvoir judiciaire. La stratégie dominante consiste à plaider en faveur de mécanismes qui fournissent des financements plus sûrs aux niveaux nationaux et inférieurs du

et l'inflation ne font qu'approfondir le sentiment d'insécurité.

système judiciaire.¹⁶⁴ Cependant la probabilité que cela réussisse est limitée, surtout dans les pays perpétuellement pauvres. Même si un pays garantit dans sa constitution un financement « adéquat » ou adopte un « pourcentage fixe du budget » réservé au pouvoir judiciaire, l'expérience a montré que ces promesses budgétaires sont ignorées ou manipulées de diverses façons. Mais l'introduction d'un tel point de repère peut être utile dans les dialogues politiques relatifs aux budgets, même si finalement il n'est pas adopté.

L'essentiel de l'expérience acquise avec le modèle de budget à pourcentage fixe vient des pays d'Amérique Latine : le Costa Rica, le Salvador, le Guatemala, la Dominique, le Honduras et, plus récemment, le Venezuela. En Bolivie, le modèle a été interrompu en 1995. Ce modèle a plusieurs caractéristiques positives : la formule du pourcentage fixe vise à protéger le budget judiciaire contre les interventions politiques ; elle a une valeur éducative en suggérant ce qui constitue un « soutien adéquat » au pouvoir judiciaire et, même avec des manipulations et des fluctuations au sein des budgets nationaux¹⁶⁵, elle offre un certain degré de prédictibilité dans le financement. Les

¹⁶⁴ Certes, des problèmes empiriques importants peuvent apparaître dans les comparaisons d'allocations de budgets là où les fonctions des administrations et des judiciaires ne sont pas uniformes. Mais une analyse budgétaire détaillée et serrée est un outil de valeur comme la recherche empirique suggérée dans la section précédente. La question « que fait le système » a pour corollaire « combien ça coûte ? ».

¹⁶⁵ Il convient de noter que dans les systèmes fédéraux, les ressources pour la plus grande partie du pouvoir judiciaire viendront probablement du niveau sous-national. Ainsi les modèles du pourcentage national du budget peuvent être relativement insignifiants par rapport aux ressources au niveau sous-national ; par contre, dicter des engagements budgétaires constitutionnels au niveau sous-national peut créer des problèmes importants.

pourcentages fixes varient de 1 à 4 pour cent des budgets.¹⁶⁶

Les fonds générés par le pouvoir judiciaire. Il est utile de rappeler tout d'abord qu'autrefois, aux États-Unis, la majorité des tribunaux d'instance, financés par les gouvernements des états et les autorités locales ne recevaient pas suffisamment de fonds. Vu la résistance du public à une augmentation directe des impôts pour soutenir le pouvoir judiciaire, les droits d'usage sont devenus une alternative attrayante.

Réalisant la difficulté de faire progresser la cause de mises en réserves budgétaires ou de garanties constitutionnelles significatives pour un financement suffisant, un certain nombre d'autres solutions techniques, les unes meilleures que les autres, pourraient offrir une alternative viable. Voici quatre exemples de mécanismes, présentés par ordre de désirabilité décroissante : (1) augmenter les droits d'engagement des poursuites, (2) permettre aux gains sur les fonds déposés au tribunal d'être versés au compte du pouvoir judiciaire, (3) permettre législativement le versement au budget judiciaire de l'attribution des frais de justice et (4) permettre le versement au budget judiciaire des pénalités et amendes imposées. Certes, l'option 4 présente le risque le plus clair de conflit d'intérêt et la probabilité que l'impartialité du pouvoir judiciaire soit compromise, mais il y a des précédents : par exemple, la section 14 de la loi indienne de 1992 relative à la Bourse des valeurs permet à un organisme quasi-judiciaire de générer des fonds avec les amendes et les pénalités qu'il impose aux consommateurs de ses services. Le mécanisme de financement pourrait ne pas susciter de fortes objections mais suggérer

¹⁶⁶ Le Costa Rica prévoit en fait une réserve de six pour cent, mais cela comprend trois pour cent pour le pouvoir judiciaire et trois pour cent pour les institutions auxiliaires telles que la police judiciaire, le ministère public et les défenseurs publics.

que les recettes (ou une partie) soient versées à un fonds judiciaire séparé, hors du contrôle immédiat des ministères de la justice et des finances, se heurtera à une vive résistance.

Les salaires. Avant de finir, deux mesures de précaution doivent être considérées pour les salaires judiciaires. Premièrement, on ne doit pas encourager une augmentation substantielle des salaires judiciaires sans développer et mettre en place en même temps des normes de performance bien conçues et bien comprises. On ne possède aucune preuve empirique qui montre que la performance judiciaire s'améliore simplement en augmentant les salaires.¹⁶⁷ Certaines études de pays suggèrent que les salaires n'étaient même pas considérés comme un facteur significatif dans le plan de rémunération judiciaire. Dans ces cas, il est plausible que les postes judiciaires soient vendus ou attribués à des protégés et utilisés pour en tirer des bénéficiaires personnels. Dans ces environnements, il est presque certain que des augmentations de salaires n'auront aucun effet positif pour réduire le comportement prédateur de certains juges. Deuxièmement, comparer les salaires judiciaires avec ceux de la fonction publique peut poser des problèmes. Dans certains pays, les juges sont moins payés que leurs homologues de la fonction publique avec une expérience et des qualifications équivalentes. Dans d'autres pays, le problème est inverse : les salaires des juges sont liés aux grades de la fonction publique, et par conséquent tout mouvement pour améliorer les salaires est gêné par la question encore plus difficile et

¹⁶⁷ Voir par exemple: Vinod Thomas et al., « Chapter 6 : Governance and Anti-Corruption » [Chapitre 6 : Gouvernance et mesures anti-corruption] dans *The Quality of Growth [La qualité de la croissance économique]* (Banque mondiale et Presses universitaires d'Oxford, août 2000) à www.worldbank.org/html/extpb/qualitygrowth.htm

encombrante de la réforme de la fonction publique.

c. *Combien de participation est une participation suffisante ?*

Les experts de la réforme judiciaire ont souvent souligné l'importance capitale de la mise en place de procédures de participation crédibles. L'expérience de nombreux pays en voie de développement a montré que la manière de réformer est aussi importante que l'objet de la réforme. Bien que l'étude détaillée de ce sujet dépasse les limites du présent article on ne saurait trop souligner son importance. Malgré les promesses quasi religieuses de consultation faites aux parties intéressées, et les attentes considérables que de telles consultations suscitent, le fait est qu'en pratique ces consultations ont eu tendance à être mal dirigées.¹⁶⁸

Les difficultés rencontrées par les précédents projets de réforme juridique et judiciaire peuvent être attribuées en partie à l'absence d'un niveau de participation adéquat et d'un sens de la propriété de la part des parties intéressées. La planification et l'exécution des procédures crédibles et significatives qui entourent les réformes judiciaires sont des entreprises difficiles et qui exigent beaucoup de temps. En évaluant les perspectives de la participation, la question se pose de savoir si les éléments du système juridique, et le pouvoir judiciaire en particulier, peuvent se plier devant la critique et tirer un quelconque parti du processus de consultation. L'indépendance judiciaire est une caractéristique honorée de longue date de l'institution, bien qu'en pratique « l'indépendance » judiciaire soit

¹⁶⁸ Pour une analyse plus étendue de ce sujet, voir *d'une façon générale* : Erik Jensen « Participation significative ou déception délibérée : réalités et dilemmes dans la légitimation de projets de réforme juridique et judiciaire par les procédures de participation » document présenté à la tribune des juristes de la Banque mondiale (Washington, DC : le 4 novembre 1999)

souvent confondue avec « l'isolement » judiciaire. La culture institutionnelle juridique est hiérarchique tant vis-à-vis du public qu'en elle-même. La dernière section de cet article aborde le renforcement des groupes de partisans économiques. Mais on peut également tirer des enseignements sur le besoin de rassembler des partisans pour l'indépendance et la réforme judiciaires parmi des groupes de citoyens, au moyen de programmes adaptés de travaux de pointe comme ceux des tribunaux d'état de Californie pour renforcer les relations entre le judiciaire et les citoyens.¹⁶⁹

3. *Placer la transparence et la densité de l'information en tête des priorités afin de créer un environnement favorable pour la réforme et l'indépendance judiciaires*

Sans réformes liées à la gouvernance qui visent à créer un environnement favorable dans les institutions publiques, les efforts de réformes juridiques et judiciaires seront probablement voués à l'échec. L'expérience

¹⁶⁹ Le Groupe de travail du Conseil judiciaire de Californie sur les relations entre les tribunaux et la communauté a été créé en 1997 pour explorer les voies par lesquelles les tribunaux « pouvaient améliorer les services aux usagers du système judiciaire » et retrouver leur rôle historique « d'avoir une signification dans la vie des citoyens ». La vision opérationnelle du groupe de travail était double : (1) que les tribunaux ouvrent des voies de communication avec le public par lesquelles ils « écoutent » réellement les préoccupations et les problèmes des membres de la communauté ; et (2) que les tribunaux s'engagent activement dans l'éducation du public sur le rôle et les opérations des tribunaux. Voir de façon générale le *Rapport du groupe de travail sur les relations tribunaux/communauté* (1999) ; ou encore Veronica S. MacBeth, *Symposium sur les initiatives extérieures du judiciaire*, 62 *Alb.L.Rev.* 1379 (1999). Entre autres choses, le rapport abordait la question « comment les juges peuvent-ils équilibrer plus efficacement leurs responsabilités envers la communauté dans des limites appropriées ? ».

a montré qu'un leadership fermement engagé est nécessaire, mais, lorsqu'il est seul, il est insuffisant pour obtenir des résultats substantiels. Il faut développer des mécanismes et des structures de motivation internes pour l'application des réformes pour assurer que les agences et les institutions en compétition collaborent entre elles. Sans incitations adéquates, les fonctionnaires et les juges ont peu de chances de faire chaque jour des progrès durables. En même temps, les réformes ne tiendront que si le public a accès à une information crédible et si des groupes de partisans exigent responsabilité et réformes complémentaires. Cette section aborde brièvement l'importance de la transparence ou de la densité de l'information pour la création d'un environnement favorable au sein duquel on peut faire des réformes. La dernière section aborde les possibilités de mobilisation des acteurs économiques pour qu'ils se joignent aux partisans de l'instauration de la responsabilité et de la réforme.

Classer les projets d'indépendance et de réforme judiciaire par ordre chronologique n'est pas un exercice facile. Cependant, parmi tous les éléments prétendument intégraux de l'indépendance et de la responsabilité judiciaire, améliorer la densité de l'information relative aux droits juridiques individuels et collectifs et à la performance institutionnelle du pouvoir judiciaire sont peut-être les éléments qui apporteront la contribution la plus importante à la création d'un environnement favorable dans lequel on peut faire des réformes. C'est la première étape.

La responsabilité institutionnelle est une composante essentielle des réformes juridiques. Cependant, les institutions ne se réforment pas d'elles-mêmes. Si le public n'a pas librement accès à l'information, la responsabilité ne s'enracinera pas et les groupes de partisans ne pourront s'armer correctement pour exiger des réformes. Créer un environnement favorable à la réforme, au moyen d'une série d'activités

conçues de façon à améliorer la densité de l'information à propos des lois, des institutions juridiques et administratives et des voies de recours des citoyens, est un investissement solide. Les stratégies doivent inclure une utilisation novatrice de la réforme juridique, des médias et des nouvelles technologies pour promouvoir l'accès du public à l'information relative au pouvoir judiciaire et aux institutions associées. Quelques exemples spécifiques incluent : la publication de la recherche (recommandée plus haut) relative à la performance du pouvoir judiciaire, aux budgets et à l'opinion publique ; la publication des décisions (de préférence en les publiant sur l'Internet) ; la publication d'un rapport annuel sur « l'état du pouvoir judiciaire » ; la publication des activités de l'Office de l'ombudsman – ou de toute tribune administrative équivalente – et l'adoption et l'application d'une loi relative à la liberté de l'information.¹⁷⁰

4. Créer une clientèle de partisans de la réforme, surtout parmi les acteurs économiques

Les trois groupes potentiels de partisans de l'indépendance et de la réforme judiciaires les plus évidents, et qui sont capables, dans

¹⁷⁰ L'approche de la Fondation pour l'Asie à la réforme juridique reconnaît que la liberté et l'accès à l'information sont sans aucun doute les éléments les plus importants dans la création d'un environnement favorable dans lequel les institutions publiques deviennent plus sensibles aux besoins des citoyens. Il est impossible d'exiger que les institutions publiques et en particulier le pouvoir judiciaire soient pleinement responsables dans un environnement où l'information n'est pas symétriquement accessible. L'accès à l'information augmente le pouvoir des citoyens en élevant leurs attentes sur ce qu'ils peuvent espérer dans leurs relations avec les autorités. Nombreuses sont les mesures qui peuvent et doivent être prises pour renforcer l'indépendance et la responsabilité judiciaires, mais c'est la première étape et la plus fondamentale.

une certaine mesure, de s'organiser, sont les groupes des droits de l'homme (et les étudiants), les syndicats et les associations d'entreprises. Alors que les groupes des droits de l'homme (comme en Indonésie) ou les syndicats (en Yougoslavie et en Pologne) peuvent catalyser un mouvement de réforme, les efforts pour des réformes durables exigent souvent la participation d'acteurs économiques qui partagent une partie du programme des réformes (c'est-à-dire ils peuvent partager certains buts d'intérêt public plus larges en plus de leurs objectifs sectoriels plus étroits) et qui peuvent s'organiser.

Le rapport « connecté-déconnecté » entre l'activité juridique (le rôle du judiciaire, l'indépendance judiciaire) et l'activité économique. Jusqu'à ce que nous ayons une compréhension empirique plus approfondie des liaisons en le juridique et l'activité économique, l'utilisation par Rick Messick de l'observation d'Albert Hirschman sur le rapport « connecté-déconnecté » entre le juridique (qui englobe le pouvoir judiciaire et l'indépendance judiciaire) et l'économie est probablement la meilleure façon de caractériser ce rapport pour le moment.¹⁷¹

a. *Les acteurs économiques se soucient-ils vraiment de l'indépendance judiciaire ?*

La courte réponse à cette question est que les acteurs économiques ne constituent pas d'eux-mêmes des groupes de partisans naturels en faveur de l'indépendance judiciaire, ou même de la réforme judiciaire en général. Le rapport entre les acteurs économiques et la réforme judiciaire est lié à la question plus vaste de savoir dans quelle mesure les systèmes juridiques sont pris en compte dans l'analyse des risques dans les pays en voie de développement. Depuis

¹⁷¹ Richard Messick, « Judicial Reform and Economic Development : A Survey of the Issues » [Relations entre la réforme judiciaire et le développement économique] *The World Bank Research Observer*, volume 14 N°1 (1999).

1992, la Chine a été le plus grand bénéficiaire de l'investissement étranger direct. En 1997, avant la crise économique de l'Asie de l'Est, l'Indonésie figurait au quatrième rang des pays recevant de l'investissement étranger direct.¹⁷² Les données sur l'Indonésie indiquent une proportion incroyablement élevée de gros investisseurs. Comme en Indonésie l'état de droit était et est encore extraordinairement faible, ceci suggère que les investisseurs aient étudié le degré de prédictibilité de ce que Mancur Olson appelle la présence de « bandits sédentaires » tant à l'extérieur qu'à l'intérieur du système juridique. Le prix qu'ils soutirent est prévisible et de ce fait ils sont plus désirables que les « bandits itinérants ». ¹⁷³ La recherche micro-indicatrice faite auprès des communautés

¹⁷² *Global Development Finance*, World Bank Debtor Reporting System [Système de rapports sur les pays débiteurs de la Banque mondiale] (Banque mondiale, 1998), *cité dans* Théodore Moran, *FDI and Development: The New Policy Agenda for Developing Countries and Economies in Transition* [Investissement étranger direct et développement : le nouveau programme de politique pour les pays en voie de développement et les économies en transition] (Institute for International Economics, 1998) Discuter les effets de la crise économique en Asie de l'Est sur l'investissement en Indonésie et les effets de l'application prochaine des accords de l'OMC par la Chine, dépasserait de beaucoup le cadre de cet article. Il est toutefois intéressant de noter qu'en 1997, l'investissement étranger direct en Indonésie était dominé par de très grands investisseurs, alors que l'investissement en Chine était contrôlé par les PME, même en tenant compte de la quantité substantielle de circuits « aller-retour » du capital pratiqués par les investisseurs locaux.

¹⁷³ Mancur Olson, *Power and Prosperity: Outgrowing Communism and Capitalist Dictatorships* [Pouvoir et prospérité: au-delà des dictatures communistes et capitalistes] (Basic Books, 2000) Même là où les juges sont relativement intègres, l'expérience confirme ce qui est suggéré dans plusieurs articles de ce projet, à savoir que de nombreux tribunaux sont totalement déphasés pour comprendre les conséquences économiques de leurs décisions.

d'affaires en Asie¹⁷⁴ suggère que la raison d'être de « la confiance généralisée de l'investisseur » envers l'appui du secteur judiciaire aurait été exagérée. Mais un élément qui a une signification bien plus grande aux yeux des investisseurs étrangers et nationaux est la stabilité politique générale du gouvernement. Dans la mesure où le pouvoir judiciaire peut contribuer à cette stabilité, sa performance est essentielle pour la confiance de l'investisseur. Outre la stabilité générale, au moins trois niveaux d'activité économique auxquelles les tribunaux pourraient contribuer viennent à l'esprit. Premièrement, concernant certaines questions économiques, le pouvoir judiciaire peut empêcher certains types d'entreprises de se développer. C'est souvent le cas en ce qui concerne les règles administratives et les tribunaux administratifs lorsqu'ils s'occupent des petites et moyennes entreprises. Deuxièmement, dans d'autres types de secteurs, un mauvais fonctionnement du pouvoir judiciaire peut encourager un comportement de monopole (l'accès est difficile) par ceux qui gèrent le risque de l'intérieur. Dans une troisième série d'activités économiques, le fait que le pouvoir judiciaire fonctionne mal peut n'avoir aucune importance, là où les coûts des transactions sont bas et le risque des affaires est géré par des réseaux d'information très améliorés.¹⁷⁵

b. *Peut-on convaincre les acteurs économiques qu'ils doivent penser à l'indépendance judiciaire?*

Les PME en tant que clientèle en faveur des réformes. Une brève réponse à cette question est « peut-être », et surtout avec les petites et moyennes entreprises. Les bénéfices potentiels pour les PME peuvent

être indirects mais ils ne sont pas forcément éloignés. Le problème central est de développer des relations de cause à effet entre l'appui pour le contrôle judiciaire d'affaires administratives et la possibilité que ce contrôle améliore le niveau de prédictibilité des affaires et réduise la réglementation à outrance et la recherche des avantages personnels par les fonctionnaires.¹⁷⁶ En agissant ainsi, le pouvoir judiciaire pourrait aider les entreprises, et renforcer ainsi un groupe de partisans de son propre programme de réforme, qui pourrait inclure l'indépendance judiciaire. La préparation du programme devrait chercher à vérifier les liens entre les tribunaux et les opérations des PME. Par exemple, les tribunaux peuvent-ils, grâce à leur pouvoir d'imposer l'exécution de leurs décisions, améliorer la gouvernance administrative sous la couverture de la loi? Les groupes de réflexion et les enquêtes d'opinion parmi les PME, lorsque organisés, sont une activité utile afin d'évaluer leur intérêt et leur capacité à s'organiser, au moins en partie, autour de sujets plus vastes dans l'intérêt public, comme l'indépendance judiciaire.

La Fondation pour l'Asie, avec un financement de l'USAID, explorera le potentiel de création de groupes de partisans parmi les PME d'Indonésie, dans le cadre d'un projet de réforme juridique et judiciaire sur le point de démarrer. Les 6 à 7 millions de petites et moyennes entreprises d'Indonésie (35 millions si on ajoute les micro-entreprises) peuvent fournir un groupe puissant et largement inexploité de partisans de la réforme juridique. Au moyen de programmes de réforme de la politique des PME de la Fondation pour l'Asie en

¹⁷⁴ Voir par exemple le travail d'Amanda Perry au Sri Lanka [échange d'e-mails Jensen-Perry, 23 juin 2000]

¹⁷⁵ De nombreux autres sujets, par exemple, ce que les entreprises doivent faire pour attirer du capital à grande échelle, dépassent le cadre de cette étude.

¹⁷⁶ L'intérêt des PME est de stabiliser le cadre politique et judiciaire des PME et de régulariser le traitement par le judiciaire des affaires administratives. Voir, par exemple, Dietrich, page 18, dans ses entretiens avec des petits et moyens entrepreneurs en Roumanie.

Indonésie¹⁷⁷, 14 groupements régionaux de petits et moyens entrepreneurs, appelés *forum deaerah* ou Fordas (Forums régionaux pour les PME) ont été créés. Les 14 Fordas comprennent plus de mille petites et moyennes entreprises. Ces PME sont parfaitement conscientes du fait qu'un environnement juridique stable et cohérent favorise le développement du secteur privé et soutient les initiatives de réforme visant à augmenter l'assurance et la stabilité juridique. Mobiliser les PME par l'entremise du réseau des Fordas pour se faire entendre pourrait renforcer le mouvement de la réforme de manière importante et constituerait le premier effort de mobilisation explicite de l'immense et potentiellement puissant secteur des PME en faveur de la réforme juridique et politique en Indonésie. Ce projet ne s'adresse pas spécifiquement à l'indépendance judiciaire mais les mêmes principes de création de groupes de partisans s'appliquent.

Un grand nombre de questions généralement liées au mouvement des réformes dans l'intérêt public, ont eu des influences particulièrement négatives sur les PME; ce sont : la corruption, le crime et l'anarchie, l'absence de responsabilité, une bureaucratie compliquée et encombrante et des titres de propriété incertains. Un gouvernement arbitraire et la recherche de bénéfices personnels par les fonctionnaires de l'administration ont fait beaucoup de victimes dans le développement des entreprises. Des procédures compliquées d'autorisation et d'enregistrement qui passent par différents départements administratifs ont créé des opportunités considérables d'amasser des avantages personnels pour ceux qui délivrent les permis aux entreprises. Le manque

¹⁷⁷ Il s'agit du Programme de réforme de la politique de l'entreprise privée (PEPR) et de son programme frère, le Programme de réforme de politique pour l'augmentation de la croissance des PME (PRISM), qui a débuté en 1999, les deux étant financés par l'Office du développement économique de l'USAID.

d'information sur la chronologie des permis multiples contribue à créer des retards et faire payer des pots-de-vin, lorsque les fonctionnaires exploitent des procédures peu cohérentes et peu flexibles pour extorquer des fonds. En raison des économies d'échelle, le coût unitaire des pots-de-vin frappe plus durement les PME que les grandes entreprises et une large part des frais de démarrage des PME est absorbée par des procédures onéreuses d'obtention de licences. C'est pourquoi, les PME peuvent devenir un groupe de partisans très en faveur de la transparence administrative. Un autre avantage de se concentrer sur les PME locales est de contrer l'argument selon lequel la réforme économique ne favorise que les investisseurs étrangers et, de ce fait, devrait être bloquée. Compte tenu de l'environnement politique actuel dans la plupart des pays d'Asie, et en Indonésie en particulier, se concentrer sur les groupes de partisans locaux a plus de chance d'être efficace et durable. Ici encore, il importe d'intégrer les efforts des fonctionnaires de l'USAID chargés de la démocratie et de la gouvernance et de ceux chargés de la croissance économique pour explorer les opportunités du programme.

5. *Post-Scriptum: trois approches à la programmation de la réforme judiciaire*

En examinant les questions présentées ci-dessus, le fonctionnaire chargé de la démocratie et de la gouvernance doit être conscient de ce qui me semblent être trois approches distinctes pour fixer les priorités du programme de gouvernance en général et celles de la réforme judiciaire en particulier. Ces approches, selon moi, peuvent se décrire en gros comme « structurelle », « doctrinale » et « économie politico-fonctionnelle ». Comme on le verra dans la description ci-dessous, ces approches ont leurs équivalentes dans l'évolution de la science sociale et de la pensée juridique.

L'approche structurelle. Une grande partie de la littérature relative à l'indépendance énumère les éléments constitutifs d'un tel état d'une entité institutionnelle. Cette littérature n'est pas très utile pour évaluer dans quelle mesure le pouvoir judiciaire est indépendant ou, ce qui importe plus, si tel ou tel système judiciaire est un arbitre légitime des conflits publics-privés et privés-privés. Il est facile d'être pris dans les définitions du langage de l'indépendance judiciaire : indépendance, impartialité, autonomie...¹⁷⁸ Même en supposant qu'il soit souhaitable d'atteindre ces attributs, ce dont certains doutent, il faut encore développer une méthodologie qui permette de les mesurer efficacement. Certes, à certaines étapes de l'histoire, la perception des systèmes judiciaires, depuis le Chili jusqu'en Iran et en Indonésie, a oscillé de relativement à très indépendants et en même temps illégitimes. L'approche structurelle est liée au modèle d'administration publique du développement institutionnel des années 1960 et 1970.

L'approche doctrinale. Un autre courant de la littérature relative à l'indépendance judiciaire est fortement doctrinal. Ce n'est pas pour nous surprendre puisque l'analyse des systèmes juridiques a été dominée par des juges et des avocats, dont l'éducation repose sur la doctrine. Pendant plusieurs décennies, l'idée selon laquelle un système judiciaire indépendant est essentiel pour contenir les autres acteurs de l'état a été au cœur de la « doctrine à exporter » parmi les efforts visant à transplanter les systèmes

¹⁷⁸ Pour une intéressante discussion de la notion d'indépendance, voir John Ferejohn « Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence » [Juges indépendants, judiciaire dépendant: comment expliquer l'indépendance judiciaire] 72 *SO. Cal. I. Rev* 353 (1999) : « une personne ou une institution est dépendante si elle n'est pas en mesure de faire son travail sans dépendre d'une autre institution ou d'un autre groupe ». Il montre alors les nombreuses institutions qui, par le moyen du budget, des règles procédurales et autres, peuvent empiéter sur l'indépendance, comprise selon cette large définition.

juridiques. Le modèle doctrinal est étroitement aligné sur l'école formaliste de la pensée juridique du 19^{ème} et de la première moitié du 20^{ème} siècle. (Mais on est encore surpris de voir combien cette école a perduré à travers de nombreux projets de réforme juridique malheureux dans les pays en voie de développement).

L'approche de l'économie politico-fonctionnelle. Certains des travaux les plus innovateurs accomplis sur le terrain depuis le milieu des années 1980 ont été centrés sur l'économie politique de la réforme judiciaire et sur les relations du pouvoir judiciaire avec l'économie et la société, la culture et l'histoire. La programmation en économie politique contient plusieurs éléments centraux qui se rapportent à la programmation de l'indépendance judiciaire. Premièrement, elle utilise une approche fonctionnelle qui porte l'attention sur la question de savoir où les conflits sont résolus et pourquoi.¹⁷⁹ Le pouvoir judiciaire fait partie de cette attention mais pas exclusivement. L'approche fonctionnelle repose sur une recherche sociale menée pour trouver des preuves empiriques du rôle (et de la façon de percevoir ce rôle) du pouvoir judiciaire ainsi que les autres tribunes de résolution des conflits, en liant ce rôle à l'allocation des ressources. Parmi les exemples de travaux de recherche, l'on note l'étude des dossiers judiciaires pour comprendre la motivation des clients, la qualité du raisonnement judiciaire, le taux

¹⁷⁹ Tout particulièrement dans les pays dont la capacité des institutions juridiques est faible, où la performance est insuffisante et où les lois sont relativement mal appliquées, l'approche structurelle suggérerait ce que seraient les problèmes si les institutions fonctionnaient correctement et si les lois étaient appliquées plutôt que de présenter ce que les problèmes sont réellement compte tenu de l'état lamentable des systèmes juridiques. Mais là où les institutions et l'état de droit sont faibles, l'analyse et les recommandations de réformes doivent être poussées par la nature fonctionnelle de ce que les institutions sont capables de faire en appliquant la loi et en faisant exécuter les jugements.

de résolution des affaires et l'exécution des jugements ; des entretiens et enquêtes de plaignants et de futurs plaignants ; l'analyse des budgets parmi les différents pouvoirs qu'au sein du judiciaire ; et les enquêtes d'opinion auprès des divers groupes de partisans. Deuxièmement, la programmation d'économie politique s'occupe de renforcer les procédures crédibles et de développer un environnement favorable dans lequel des programmes de réforme judiciaire durables pourraient se développer. L'un des domaines de pensée couvre ce que le pouvoir judiciaire peut faire pour améliorer sa légitimité et renforcer sa responsabilité vis-à-vis des citoyens, des groupes d'entreprises, des syndicats et des groupes des droits de l'homme. Troisièmement, et en liaison avec les deux points précédents, la programmation d'économie politique examine les incitations et la performance. Cette approche couvre l'indépendance judiciaire, mais elle ne suppose pas d'avance que l'indépendance judiciaire ou même la réforme judiciaire seront les objectifs programmatiques les plus importants dans tout programme de gouvernance visant à atteindre les buts plus étendus de croissance équitable, de stabilité et de démocratie.

L'approche de l'économie fonctionnelle ou politique, un hybride non doctrinaire, est encore en pleine évolution. Elle s'appuie sur l'école réaliste des années 1940 et suivantes, sur le mouvement des études juridiques critiques des années 1970, le mouvement loi et société, le mouvement loi et économie et la nouvelle économie institutionnelle ; ceci sans oublier Machiavel, Weber, Durkheim et Marx. Aujourd'hui, et c'est là le point le plus important, la pratique de cette approche exige que l'on écoute attentivement et que l'on ait des relations d'interaction intenses avec des groupes aussi divers et réfléchis que les Asiatiques, les Latino-américains, les Arabes, les Africains, les Européens de l'Est et les Russes. Et aussi évident que ce dernier point peut paraître, on voudrait espérer une application plus vigoureuse de cette approche à l'avenir.

APPENDICE A : Normes et principes relatifs à l'indépendance judiciaire

Un certain nombre de documents internationaux et régionaux en matière de droits de l'homme prescrivent « un tribunal indépendant, impartial et compétent ». Divers principes directeurs ont été formulés au plan international dans des documents préparés par des experts, tels que les Principes fondamentaux des Nations Unies relatifs à l'indépendance de la magistrature. Ces documents n'ont pas force exécutoire dans les pays membres mais ils mettent en évidence l'appui à haut niveau dont bénéficie le principe de l'indépendance judiciaire.¹

Figurent ci-dessous grand nombre des documents et principes directeurs, gouvernementaux et non gouvernementaux, qui font valoir le principe de l'indépendance judiciaire dans chaque région du monde.

I. Conventions internationales

Déclaration universelle des droits de l'homme

Déclaration universelle des droits de l'homme, Article 10, 10/12/1948, Nations Unies, rés. A.G. 217A(III)

Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Article 14(1), 16/12/1966, Nations Unies, rés. AG 2200A(XXI), 21 UN GAOR Suppl. (N°16) à 52, Doc. ONU A/6316 (1966), 999 UNTS 171, entré en vigueur le 23 mars 1976

II. Principes directeurs internationaux

Manuel sur les procès équitables d'Amnesty International (1999)²

Amnesty International Fair Trials Manual [Manuel sur les procès équitables d'Amnesty International], publié pour la première fois en décembre 1998, Index AI : POL 30/02/98

Guide du Comité des avocats en faveur de procès équitables en matière de droits de l'homme (2000)³

What is a Fair Trial ? A Basic Guide to Legal Standards and Practice [Qu'est-ce qu'un procès équitable ? Guide fondamental sur les normes et la pratique juridiques], Comité des avocats en faveur des droits de l'homme, mars 2000

Principes fondamentaux des Nations Unies relatifs à l'indépendance de la magistrature (1985)

Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature, 7^{ème} Congrès de l'ONU sur la prévention du crime et le traitement des délinquants, Milan, Italie, 26/08-06/09/1985, résolutions AG 40/32 du 29/11/1985 et 40/146 du 13/12/1985, UN GAOR, 40^{ème} session, Suppl. n°53, Doc. ONU A/40/53 (1985)

Procédures pour la mise en œuvre effective des principes fondamentaux des Nations Unies relatifs à l'indépendance de la magistrature (1989)

Procedures for the Effective Implementation of the Basic Principles on the Independence of the Judiciary [Procédures pour la mise en œuvre effective des principes fondamentaux des Nations Unies relatifs à l'indépendance de la magistrature] 7^{ème} Congrès de l'ONU sur la prévention du crime et le traitement des délinquants, Milan, Italie, 26/08-06/09/1985, résolutions AG 40/32 du

29/11/1985 et 40/146 du 13/12/1985, Comité sur la prévention et le contrôle du crime, 10^{ème} session, Vienne, Autriche, 1988, résolution ECOSOC 1989/60, 24/05/1989

Principes de base relatifs au rôle du barreau (1990)

Basic Principles on the Role of Lawyers [Principes de base relatifs au rôle du barreau], 8^{ème} Congrès de l'ONU sur la prévention du crime et le traitement des délinquants, La Havane, Cuba, 27/08-07/09/1990

Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet (1990)

Guidelines on the Role of Prosecutors [Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet], 8^{ème} Congrès de l'ONU sur la prévention du crime et le traitement des délinquants, La Havane, Cuba, 27/08-07/09/1990

Projet d'ensemble de principes relatifs au droit à un procès équitable et à réparation (1994)

Draft Body of Principles on the Right to a Fair Trial and a Remedy [Projet d'ensemble de principes relatifs au droit à un procès équitable et à réparation], Annexe II, dans « The Administration of Justice and the Human Rights of Detainees, The Right to a Fair Trial: Current Recognition and Measures Necessary for its Strengthening » [L'Administration de la justice et les droits de l'homme des détenus, Le droit à un procès équitable : Reconnaissance actuelle et mesures nécessaires à son renforcement], Rapport final, Commission des droits de l'homme, Sous-Commission sur la prévention de la discrimination et la protection des minorités, 46^{ème} Session, E/CN.a/Sub.2/1994/24, juin 1994

Statut universel du juge

Universal Charter of the Judge [Statut universel du juge], Conseil général de l'Union internationale des magistrats, Taipei, Taiwan, 17/11/1999

III. Rapporteur spécial des Nations Unies sur l'indépendance des juges et des avocats

La Sous-commission des Nations Unies pour la prévention de la discrimination et la protection des minorités a nommé en 1994⁴ un Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats qui a, entre autres, pour mission des activités d'enquêtes, de conseils, de législation et de promotion relatives aux questions de l'indépendance judiciaire.

IV. Conventions régionales

Afrique

Charte africaine sur les droits de l'homme et les droits des peuples

Charte africaine sur les droits de l'homme et les droits des peuples, 27/06/1981, Doc. OUA CAB/LEG/67/3 rév. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), entrée en vigueur le 21 octobre 1986

Amériques

Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme

Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, 1948, rés. OAS XXX, Neuvième conférence internationale des États américains, réimprimée dans Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System [Documents fondamentaux ayant trait aux droits de l'homme dans le système interaméricain], OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 à 17 (1992)

Convention américaine relative aux droits de l'homme

Convention américaine relative aux droits de l'homme, 22/11/1969, Traité OAS Série N°36, 1144 U.N.T.S. 123, réimprimée dans Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-

American System [Documents fondamentaux ayant trait aux droits de l'homme dans le système interaméricain], OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rév.1 à 25 (1992), entrée en vigueur le 18 juillet 1978

Europe

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 11/04/1950, Conseil de l'Europe, Série de traités européens n°5

V. Principes directeurs régionaux

Asie et Pacifique

Déclaration des principes de l'indépendance de la magistrature « Les principes de Tokyo »
Statement of Principles of the Independence of the Judiciary in the LAWASIA Region
[Déclaration des principes de l'indépendance de la magistrature dans la région LAWASIA], 17-18/07/1982, Tokyo, Japon, Comité permanent LAWASIA des droits de l'homme

Déclaration révisée des principes de l'indépendance de la magistrature
Revised Statement of Principles of the Independence of the Judiciary in the LAWASIA Region
[Déclaration révisée des principes de l'indépendance de la magistrature dans la région LAWASIA], 13-15/09/1993, Colombo, Sri Lanka, 5^{ème} Conférence des juges de cours suprêmes d'Asie et du Pacifique

Déclaration des principes de l'indépendance de la magistrature « La déclaration de Pékin »
Beijing Statement of Principles of the Independence of the Judiciary in the LAWASIA Region
[Déclaration de Pékin des principes de l'indépendance de la magistrature dans la région LAWASIA], 19/09/1995, Pékin, Chine, 6^{ème} Conférence des juges de cours suprêmes d'Asie et du Pacifique

Commonwealth (Royaume-Uni et anciennes colonies britanniques)

Principes directeurs de Latimer House pour le Commonwealth
Latimer House Guidelines for the Commonwealth [Principes directeurs de Latimer House pour le Commonwealth], Colloque conjoint sur « Parliamentary Supremacy and Judicial Independence...towards a Commonwealth model » [« La suprématie parlementaire et l'indépendance judiciaire...vers un modèle du Commonwealth »], Latimer House, Royaume-Uni, 15-19 juin 1998

Europe

Charte européenne des magistrats
Charte européenne des magistrats, 20/03/1993, Association européenne des magistrats

Recommandation n°R(94)12 du Comité des Ministres des États membres sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges
Recommendation no.R(94)12 of the Committee of Ministers to Member States on the Independence, Efficiency and Role of Judges [Recommandation n°R(94)12 du Comité des Ministres des États membres sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges], 13/10/1993, 518^{ème} réunion des sous-ministres, Conseil de l'Europe

Charte européenne sur le statut des juges
Charte européenne sur le statut des juges, 08-10/10/1998, Conseil de l'Europe, Strasbourg, France

Moyen-Orient

Recommandations de la première Conférence arabe sur la justice « La déclaration de Beyrouth »

Recommendations of the First Arab Conference on Justice, « Beirut Declaration »,

[Recommandations de la première Conférence arabe sur la justice, « Déclaration de Beyrouth »], 14-16/06/1999, Conférence sur « The Judiciary in the Arab Region and the Challenges of the 21st Century » [« Le pouvoir judiciaire dans la région arabe et les défis du 21^{ème} siècle »], Beyrouth, Liban

Amérique Latine

Déclaration de Caracas

Caracas Declaration [Déclaration de Caracas], 04-06/03/1998, Sommet ibéro-américain des présidents des tribunaux et cours suprêmes de justice, Caracas, Venezuela

¹ Il existe en outre un peu de jurisprudence disponible. La Commission des droits de l'homme des Nations Unies, la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme et la Commission africaine des droits de l'homme ont eu à interpréter, respectivement, l'article 14(1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les articles 8(1) et 27(2) de la Convention américaine des droits de l'homme, l'article 6(1) de la Convention européenne sur les droits de l'homme et les articles 7(1) et 26 de la Charte africaine des droits de l'homme.

² <http://www.amnesty.org/ailib/intcam/fairtrial/fairtria.htm>

³ <http://www.lchr.org/pubs/fairtrial.htm>

⁴ Le Rapporteur spécial est actuellement M. Dato'Param Cumaraswamy.

Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature
Adoptés par le septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à Milan du 26 août au 6 septembre 1985 et confirmés par l'Assemblée générale dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985

Considérant que, dans la Charte des Nations Unies, les peuples du monde se sont déclarés résolus notamment à créer les conditions nécessaires au maintien de la justice et à réaliser la coopération internationale en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales sans aucune discrimination;

Considérant que la Déclaration universelle des droits de l'homme énonce les principes de l'égalité devant la loi, de la présomption d'innocence et du droit qu'a toute personne à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial créé par la loi;

Considérant que les Pactes internationaux relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels et aux droits civils et politiques garantissent l'un et l'autre l'exercice de ces droits et que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques garantit en outre le droit d'être jugé dans un délai raisonnable;

Considérant qu'il existe encore fréquemment un décalage entre l'idéal que visent ces principes et la situation réelle;

Considérant que l'organisation et l'administration de la justice, dans chaque pays, devraient s'inspirer de ces principes et que des efforts devraient être déployés pour les traduire pleinement dans la réalité;

Considérant que les règles applicables aux magistrats dans l'exercice de leurs fonctions doivent viser à leur permettre d'agir conformément à ces principes;

Considérant que les juges se prononcent en dernier ressort sur la vie, les libertés, les droits, les devoirs et les biens des citoyens;

Considérant que le sixième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, dans sa résolution 16, a demandé au Comité pour la prévention du crime et la lutte contre la délinquance de faire figurer parmi ses tâches prioritaires l'élaboration de principes directeurs en ce qui concerne l'indépendance des juges et la sélection, la formation professionnelle et le statut des magistrats du siège et du Parquet;

Considérant qu'il convient donc d'examiner d'abord le rôle des juges dans le système judiciaire et tenant compte de l'importance de leur sélection, de leur formation et de leur conduite;

Les principes directeurs ci-après ont été élaborés pour aider les États Membres à assurer et à promouvoir l'indépendance de la magistrature; ils devaient être pris en considération et respectés par les gouvernements dans le cadre de la législation et de la pratique nationales et être portés à l'attention de juges, des avocats, du pouvoir exécutif et législatif et du public. On a établi ces principes en pensant surtout aux juges de carrière, mais ils s'appliquent aussi, le cas échéant, aux juges non professionnels.

Indépendance de la magistrature

1. L'indépendance de la magistrature est garantie par l'État et énoncée dans la Constitution ou la législation nationales. Il incombe à toutes les institutions, gouvernementales et autres, de respecter l'indépendance de la magistrature.
2. Les magistrats règlent les affaires dont ils sont saisis impartialement, d'après les faits et conformément à la loi, sans restrictions et sans être l'objet d'influences, incitations, pressions, menaces ou interventions indues, directes ou indirectes, de la part de qui que ce soit ou pour quelque raison que ce soit.
3. Les magistrats connaissent de toute affaire judiciaire et ont le pouvoir exclusif de décider si une affaire dont ils sont saisis relève de leur compétence telle qu'elle est définie par la loi.
4. La justice s'exerce à l'abri de toute intervention injustifiée ou ingérence, et les décisions des tribunaux ne sont pas sujettes à révision. Ce principe est sans préjudice du droit du pouvoir judiciaire de procéder à une révision et du droit des autorités compétentes d'atténuer ou de commuer des peines imposées par les magistrats, conformément à la loi.
5. Chacun a le droit d'être jugé par les juridictions ordinaires selon les procédures légales établies. Il n'est pas créé de juridictions n'employant pas les procédures dûment établies conformément à la loi afin de priver les juridictions ordinaires de leur compétence.
6. En vertu du principe de l'indépendance de la magistrature, les magistrats ont le droit et le devoir de veiller à ce que les débats judiciaires se déroulent équitablement et à ce que les droits des parties soient respectés.
7. Chaque État Membre a le devoir de fournir les ressources nécessaires pour que la magistrature puisse s'acquitter normalement de ses fonctions.

Liberté d'expression et d'association

8. Selon la Déclaration universelle des droits de l'homme, les magistrats jouissent, comme les autres citoyens, de la liberté d'expression, de croyance, d'association et d'assemblée; toutefois, dans l'exercice de ces droits, ils doivent toujours se conduire de manière à préserver la dignité de leur charge et l'impartialité et l'indépendance de la magistrature.
9. Les juges sont libres de constituer des associations de juges ou d'autres organisations, et de s'y affilier pour défendre leurs intérêts, promouvoir leur formation professionnelle et protéger l'indépendance de la magistrature.

Qualifications, sélection et formation

10. Les personnes sélectionnées pour remplir les fonctions de magistrat doivent être intègres et compétentes et justifier d'une formation et de qualifications juridiques suffisantes. Toute méthode de sélection des magistrats doit prévoir des garanties contre les nominations abusives. La sélection des juges doit être opérée sans distinction de race, de couleur, de sexe, de religion, d'opinion politique ou autre, d'origine nationale ou sociale, de richesse, de naissance ou de situation; la règle selon laquelle un candidat à la magistrature doit être ressortissant du pays concerné n'est pas considérée comme discriminatoire.

Conditions de service et durée du mandat

11. La durée du mandat des juges, leur indépendance, leur sécurité, leur rémunération appropriée, leurs conditions de service, leurs pensions et l'âge de leur retraite sont garantis par la loi.

12. Les juges, qu'ils soient nommés ou élus, sont inamovibles tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge obligatoire de la retraite ou la fin de leur mandat.

13. La promotion des juges, lorsqu'un tel système existe, doit être fondée sur des facteurs objectifs, notamment leur compétence, leur intégrité et leur expérience.

14. La distribution des affaires aux juges dans la juridiction à laquelle ils appartiennent est une question interne qui relève de l'administration judiciaire.

Secret professionnel et immunité

15. Les juges sont liés par le secret professionnel en ce qui concerne leurs délibérations et les informations confidentielles qu'ils obtiennent dans l'exercice de leurs fonctions autrement qu'en audience publique, et ne sont pas tenus de témoigner sur ces questions.

16. Sans préjudice de toute procédure disciplinaire ou de tout droit de faire appel ou droit à une indemnisation de l'État, conformément au droit national, les juges ne peuvent faire personnellement l'objet d'une action civile en raison d'abus ou d'omissions dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires.

Mesures disciplinaires, suspension et destitution

17. Toute accusation ou plainte portée contre un juge dans l'exercice de ses fonctions judiciaires et professionnelles doit être entendue rapidement et équitablement selon la procédure appropriée. Le juge a le droit de répondre, sa cause doit être entendue équitablement. La phase initiale de l'affaire doit rester confidentielle, à moins que le juge ne demande qu'il en soit autrement.

18. Un juge ne peut être suspendu ou destitué que s'il est inapte à poursuivre ses fonctions pour incapacité ou inconduite.

19. Dans toute procédure disciplinaire, de suspension ou de destitution, les décisions sont prises en fonction des règles établies en matière de conduite des magistrats.

20. Des dispositions appropriées doivent être prises pour qu'un organe indépendant ait compétence pour réviser les décisions rendues en matière disciplinaire, de suspension ou de destitution. Ce principe peut ne pas s'appliquer aux décisions rendues par une juridiction suprême ou par le pouvoir législatif dans le cadre d'une procédure quasi judiciaire.

Statut universel du juge

Préambule.

Plusieurs groupes de juges de divers pays ont travaillé à l'élaboration préliminaire de ce statut. Le présent statut est un amalgame consensuel de ces travaux et représente des normes générales minimales.

Le texte du Statut a été approuvé à l'unanimité des présents par le Conseil général de l'Union internationale des magistrats lors de sa réunion à Taipei (Taiwan) le 17 novembre 1999.

art.1 : Indépendance

Dans l'ensemble de leurs activités, les juges garantissent les droits de chacun au bénéfice d'un procès équitable. Ils doivent mettre en œuvre les moyens dont ils disposent pour permettre aux affaires d'être appelées en audience publique dans un délai raisonnable, devant un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, en vue de déterminer les droits et obligations en matière civile, ou la réalité des charges en matière criminelle.

L'indépendance du juge est indispensable à l'exercice d'une justice impartiale dans le respect de la loi. Elle est indivisible. Toutes les institutions et autorités, qu'elles soient nationales ou internationales, doivent respecter, protéger et défendre cette indépendance.

art.2 : Statut

L'indépendance du juge doit être garantie par une loi spécifique, lui assurant une indépendance réelle et effective à l'égard des autres pouvoirs de l'État. Le juge, en tant que dépositaire de l'autorité judiciaire, doit pouvoir exercer ses fonctions en toute indépendance par rapport à toutes forces sociales, économiques et politiques, par rapport aux autres juges et par rapport à l'administration de la justice.

art.3 : Soumission à la loi

Dans l'exercice de son activité professionnelle, le juge ne doit être soumis qu'à la loi et ne peut se déterminer que par rapport à celle-ci.

art.4 : Autonomie personnelle

Nul ne peut donner ou tenter de donner des ordres ou des instructions, quelles qu'ils soient, au juge. Cette prohibition ne s'applique pas aux juridictions supérieures lorsqu'elles sont appelées à réformer les décisions des premiers juges.

art.5 : Impartialité et devoir de réserve

Le juge doit être et apparaître impartial dans l'exercice de son activité juridictionnelle.

Il doit accomplir sa tâche avec modération et dignité au regard de sa fonction et de toute personne concernée.

art.6 : Efficacité

Le juge doit remplir ses obligations professionnelles dans un délai raisonnable et mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour tendre à l'efficacité.

art.7 : Activités annexes

Le juge ne peut accomplir aucune autre fonction publique ou privée, rémunérée ou non, qui ne soit pleinement compatible avec ses devoirs et son statut.

Le juge ne pourra être nommé à des fonctions extérieures à l'exercice judiciaire sans son accord.

art.8 : Protection du statut de la fonction

Un juge ne peut être déplacé, suspendu, ou démis de ses fonctions que dans les cas prévus par la loi et dans le respect de la procédure disciplinaire.

Le juge est nommé sans limitation de durée ou pour une période limitée dans des conditions déterminées, sous réserve que cela ne puisse compromettre l'indépendance de la justice.

Aucun changement concernant l'âge de la retraite ne peut avoir d'effet rétroactif.

art.9 : Nomination

Le recrutement et chacune des nominations du juge doivent se faire selon des critères objectifs et transparents fondés sur la capacité professionnelle. Lorsque cela n'est pas déjà assuré par d'autres voies résultant d'une tradition établie et éprouvée, le choix doit être assuré par un organe indépendant comportant une part substantielle et représentative de juges.

art.10 : Responsabilité civile et pénale

Lorsqu'elle est admise, l'action civile dirigée contre un juge, comme l'action en matière pénale, éventuellement l'arrestation, doivent être mises en œuvre dans des conditions qui ne peuvent avoir pour objet d'exercer une influence sur son activité juridictionnelle.

art.11 : Administration et principes en matière de discipline

La gestion administrative et disciplinaire des membres du pouvoir judiciaire est exercée dans des conditions permettant de préserver leur indépendance, et se fonde sur la mise en œuvre de critères objectifs et adaptés.

Lorsque cela n'est pas déjà assuré par d'autres voies résultant d'une tradition éprouvée, l'administration judiciaire et l'action disciplinaire doivent relever d'un organe indépendant comportant une part substantielle et représentative de juges.

Les sanctions disciplinaires à l'encontre d'un juge ne peuvent être prises que pour des motifs initialement prévus par la loi, en observant des règles de procédure prédéterminées.

art.12 : Associations

Le droit d'association professionnelle du juge doit être reconnu, pour permettre aux juges d'être consultés notamment sur la détermination de leurs règles statutaires, éthiques ou autres, les moyens de la justice, et pour permettre d'assurer la défense de leurs intérêts légitimes.

art.13 : Rémunération et retraite

Le juge doit recevoir une rémunération suffisante pour assurer son indépendance économique. La rémunération ne doit pas dépendre du résultat de l'activité du juge et ne doit pas être réduite pendant la durée de son service professionnel.

Le juge doit pouvoir prendre sa retraite et recevoir une pension correspondant à son niveau de responsabilité.

Après sa retraite, le juge ne doit pas être interdit d'exercer une autre activité professionnelle juridique du seul fait de son ancienne activité à titre judiciaire.

art.14 : Moyens matériels

Il appartient aux autres pouvoirs publics de l'État de donner au pouvoir judiciaire les moyens nécessaires à son action.

Le pouvoir judiciaire doit pouvoir participer ou pouvoir être entendu en ce qui concerne les décisions relatives aux moyens matériels.

art.15 : Le Ministère Public

Dans les pays où les membres du ministère public sont assimilés aux juges, les principes ci-dessus leur sont applicables, eu égard à la nature de leur fonction.

(Le texte de ce statut a été unanimement approuvé par le Conseil général de l'Union internationale des magistrats le 7 novembre 1999)

APPENDICE B : Ressources de l'Internet

[certains de ces sites Internet et documents ne sont accessibles qu'en anglais]

I. Organisations gouvernementales

Nations Unies

<http://un.org/>

<http://www.unsystem.org> Guide officiel de recherche pour le site Internet de toutes les organisations du système des Nations Unies

<http://www.un.org/rights/dpi1837e.htm> *United Nations background note, Independence of the Judiciary: A Human Rights Priority* [Note documentaire des Nations Unies, Indépendance de la magistrature : priorité des droits de l'homme]

<http://www.undp.org/> Programme des Nations Unies pour le développement

http://www.unhchr.ch/hchr_un.htm Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme

http://www.unhchr.ch/hchr_un.htm Principes fondamentaux des Nations Unies relatifs à l'indépendance de la magistrature

<http://www.unhchr.ch/html/menu2/7/b/mijl.htm> Rapporteur spécial des Nations Unies sur l'indépendance des magistrats et des avocats

Commission asiatique des droits de l'homme

<http://www.ahrchk.net/>

http://www.ahrchk.net/solidarity/199704/v74_20.htm *Independence of the Judiciary in a Democracy* [Indépendance de la magistrature dans une démocratie], Justice P. N. Bhagwati

Conseil de l'Europe

<http://www.coe.int/>

<http://cm.coe.int/ta/rec/1994/94r12.htm> Recommendation on the Independence, Efficiency and Role of Judges [Recommandation sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des magistrats] (Comité des ministres)

<http://www.echr.coe.int/> Cour européenne des droits de l'homme

Union européenne

<http://www.europa.eu.int/>

<http://www.eumap.org/> EU Accession Monitoring Program [Programme de surveillance de l'accèsion à l'UE] – *Monitoring the EU Accession Process: Judicial Independence* [Surveillance du processus d'accèsion à l'UE : Indépendance judiciaire], Open Society Institute/EU Accession Monitoring Program

Organisation de l'unité africaine

<http://www.oau-oua.org/>

Organisation des États américains

<http://www.oas.org/>

<http://www.cidh.oas.org/defaultE.htm> Inter-American Commission of Human Rights [Commission interaméricaine des droits de l'homme]

<http://www.corteidh.or.cr/> Inter-American Court of Human Rights [Cour interaméricaine des droits de l'homme]

USAID

<http://www.usaid.gov/>

II. Organisations non gouvernementales

Amnesty International

<http://www.amnesty.org/>

<http://www.amnesty.org/ailib/intcam/fairtrial/fairtria.htm> Amnesty International Fair Trials Manual [Manuel sur les procès équitables d'Amnesty International], AI Index : POL 30/02/98, décembre 1998

Human Rights Watch

<http://www.hrw.org/>

Association internationale du barreau

<http://www.ibanet.org/>

<http://www.ibanet.org/humri/index.asp> Human Rights Institute

International Center for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy

<http://www.icclr.law.ubc.ca/>

http://www.icclr.law.ubc.ca/Site%20Map/Publications%20Page/Human_Rights.htm Parmi les publications sur les droits de l'homme figurent : *The Rule of Law and the Independence of the Judiciary* [L'état de droit et l'indépendance de la magistrature] et *An Independent Judiciary: the Core of the Rule of Law* [Une magistrature indépendante : le cœur de l'état de droit]

Commission internationale de juristes (Centre pour l'indépendance des juges et des avocats)

<http://www.icj.org/>

Fédération internationale des ligues des droits de l'homme

<http://www.fidh.org/>

International Helsinki Federation for Human Rights

<http://www.ihf-hr.org/>

International Law Institute

<http://www.ili.org/>

<http://www.ili.org/Publist.html> Publications du International Law Institute

Association internationale des femmes juges

<http://www.iawj-iwjf.org/>

Lawyers Committee for Human Rights

<http://www.lchr.org/>

<http://www.lchr.org/pubs/fairtrial.htm> *What is a Fair Trial? A Basic Guide to Legal Standards and Practice* [Qu'est-ce qu'un procès équitable ? Guide fondamental sur les normes et la pratique juridiques]

<http://www.lchr.org/feature/judicialreform/feature.htm> Multilateral Development Banks and Judicial Reform (Latin America) [Les banques de développement multilatérales et la réforme judiciaire (Amérique latine)]

III. Institutions financières internationales et banques de développement multilatérales

Banque mondiale

<http://www.worldbank.org/>

<http://www.worldbank.org/publicsector/legal> Ressources sur les institutions juridiques et la réforme juridique/judiciaire internationale

<http://www1.worldbank.org/publicsector/legal/judicialindependence.htm> Indépendance judiciaire

<http://www1.worldbank.org/publicsector/legal/protection.htm> Instruments de défense des droits de l'homme et réforme judiciaire

<http://www1.worldbank.org/publicsector/legal/annotated.doc> Bibliographie commentée sur les institutions juridiques de l'économie de marché

<http://www1.worldbank.org/publicsector/legal/related.htm#World%20Bank> Liens vers les sites relatifs à la réforme judiciaire

<http://www1.worldbank.org/publicsector/legal/premnotes.htm> PREMnotes

<http://www.worldbank.org/wbi/> World Bank Institute

Banques de développement régionales

<http://afdb.org/> Groupe de la Banque africaine de développement

<http://www.adb.org/> Banque de développement asiatique

<http://www.coebank.org/> Banque de développement du Conseil de l'Europe

<http://www.ebrd.com/> Banque européenne pour la reconstruction et le développement

<http://www.eib.org/> Banque européenne d'investissement

<http://www.iadb.org/> Banque interaméricaine de développement

<http://www.iadb.org/idbamerica/archive/xjudicie.htm> Rapport spécial de la BID sur l'indépendance judiciaire

http://www.iadb.org/regions/re2/consultative_group/groups/transparency_workshop_2.htm *Justice and Transparency from the Central American Prospective* [Justice et transparence d'un point de vue centraméricain], Dr. Jorge Eduardo Tenorio

IV. Ressources américaines

Asia Foundation

<http://www.asiafoundation.com/>

American Bar Association

<http://www.abanet.org/>

<http://www.abanet.org/govaffairs/judiciary/report.html> *An Independent Judiciary* [Une magistrature indépendante], Rapport de la Commission ABA sur la séparation des pouvoirs et l'indépendance de la magistrature

<http://www.abanet.org/ceeli/> Central and Eastern European Law Initiative (CEELI)

Brennan Center for Justice

<http://www.brennancenter.org/>

Center for Judicial Independence

<http://www.ajs.org/cji/index.html> Promotion de l'indépendance judiciaire et sensibilisation du public

Autres

<http://www.iris.umd.edu/news/conferences/tinker/judreform.html> Documents sur la réforme judiciaire

**AUTRES PUBLICATIONS TECHNIQUES DE
L'OFFICE DE LA DÉMOCRATIE ET DE LA GOUVERNANCE**

PN-ACB-895

Alternative Dispute Resolution Practitioners Guide

PN-ACM-001

Case Tracking and Management Guide

PN-ACC-887

Civil-military Relations: USAID's Role

PN-ACH-305

Conducting a DG Assessment: A Framework for Strategy Development

PN-ACH-300

Decentralization and Democratic Local Governance Programming Handbook

PN-ACD-395

Democracy and Governance: A Conceptual Framework

PN-ACC-390

Handbook of Democracy and Governance Program Indicators

PN-ACE-070

A Handbook on Fighting Corruption

PN-ACF-631

Managing Assistance in Support of Political and Electoral Processes

PN-ACE-630

The Role of Media in Democracy: A Strategic Approach

PN-ACF-632

USAID Handbook on Legislative Strengthening

PN-ACE-500

USAID Political Party Development Assistance

**POUR COMMANDER UN DOCUMENT AUPRÈS DU DEVELOPMENT EXPERIENCE
CLEARINGHOUSE :**

- Veuillez fournir le titre du document et son numéro d'identification (qui apparaît sous le titre du document sur cette page et sur la page de couverture de cette publication)
- Les employés de l'USAID, les contractants de l'USAID à l'étranger et les organisations parrainées par l'USAID à l'étranger peuvent commander ces documents gratuitement.
- Les universités, les centres de recherche, les agences gouvernementales et les autres institutions situées dans les pays en développement peuvent commander jusqu'à cinq références gratuitement.
- Toutes les autres institutions et les personnes individuelles peuvent acheter ces documents. Ne pas envoyer de paiement. Les frais de reproduction et de port seront, le cas échéant, facturés.

Commandes par télécopie au (703) 351-4039 Att. USAID Development Experience Clearinghouse (DEC)
et commandes par courrier électronique auprès de docorder@dec.cdie.org



PN-ACP-333

Office of Democracy and Governance

Bureau for Democracy, Conflict, and Humanitarian Assistance

U.S. Agency for International Development

Washington, D.C. 20523-3100

Tel: (202) 712-1892

Fax: (202) 216-3231

Internet: <http://www.usaid.gov/democracy/>

Intranet: <http://inside.usaid.gov/G/DG/>