

L'ACTE DE JUGER

Responsable de l'exécution de la recherche:
Antoine Garapon

Convention 1993-1994
Ministère de la justice



Les grands problèmes de la justice
en Grande-Bretagne

John BELL

Le juge et le retour à la démocratie
en Roumanie

Valeriu STOICA

La responsabilisation du juge dans le
processus de démocratisation en Afrique

Amidou DIABATE

The Art of avoiding Litigation; comparing
legal cultures in the Netherlands and
West-Germany

Erhard BLANKENBOURG

Le juge et la révolution italienne

Stefano MOGINI

Comment penser l'acte de juger après
le positivisme?

Antoine GARAPON



LES GRANDS PROBLEMES DE LA JUSTICE EN GRANDE-BRETAGNE

John BELL
Pro-Vice Chancellor, Université de Leeds

L'ACTE DE JUGER

LES GRANDES PROBLÈMES DE LA JUSTICE EN GRANDE-BRETAGNE

John Bell (Pro-Vice Chancellor, Université de Leeds)

Introduction

Cette intervention porte brièvement sur plusieurs thèmes. La nomination des juges et les dénis de justice spectaculaires touchent à la confiance du public dans le système actuelle de la justice et dans ceux qui ont la charge de son administration. La confiance du public dans les juges a diminué beaucoup dans ces dernières années et les dénis de justice en matière pénale y ont contribué de manière importante. Les réformes de l'aide judiciaire touchent à la capacité du système de la justice de fournir aux souhaits du public. La justice inaccessible n'est pas de justice acceptable.

A. LA NOMINATION DES JUGES

Dans un document en anglais, je me concerne de la nomination des juges. A ce moment, le Lord Chancelier le trouve difficile pour trouver dix juges supplémentaires pour siéger dans la High Court à Londres. Mais il y a un sentiment au public que le juge n'est pas conscient des courant de l'opinion publique et vie dans un monde à part des problèmes du quotidien. Le juge, mâle et d'un certain âge, dans son perruque, logé dans une grande maison avec les serviteurs et les dîners formels, n'est pas le symbole des aspirations pour la justice de la plupart du public. Et la confiance du public dans le système diminue.

Le document annexé touche à plusieurs thèmes de la procédure de nomination. Je me concerne principalement avec le caractère légitime des procédures adoptés en Angleterre. Les critères de la procédure sont examinées dans la partie B, et quelques problèmes actuelles sont examinées dans la partie C.

B. LA PROCEDURE PENALE ET LA CONFIANCE DU PUBLIC

Un des grands problèmes de la justice en Grande-Bretagne concerne la confiance du public qu'elle est capable de rendre justice aux justiciables, surtout en matières pénales. Depuis 1989, cette confiance a été ébranlée par une vague de condamnations lesquelles devaient être remises en cause en conséquence des défauts importantes dans la procédure pénale. Une commission royale a été créée pour examiner la procédure pénale, et elle doit rendre son rapport au mois de juillet. Comme avec le rapport Delmas-Marty, ce n'est pas l'aspect technique de la réforme des procédures qui est important, mais la manque de confiance au grand public dans le système actuel.

La plupart des grands arrêts des dénis de justice en matière pénale concerne les poursuites des terroristes irlandais, un problème qui a provoqué des difficultés en France également.

1. Les Birmingham Six

Un arrêt peut illustrer les problèmes, l'affaire des Birmingham Six ¹. Les six hommes d'origine irlandais ont été arrêtés avant d'embarquer sur un bateau en direction de l'Irlande du Nord. L'arrestation n'arrivait que quelques heures après que des bombes ont tué 21 patrons des pubs de Birmingham et blessé 162 d'autres, et les hommes venaient de débarquer des trains de Birmingham. A cause de l'hostilité locale aux accusés, ils étaient renvoyés devant le tribunal de Lancaster. Devant le tribunal, les éléments de preuve étaient de trois types. En premier lieu, les experts scientifiques (notamment le docteur Skuse) ont déposé qu'il a trouvé des traces des explosifs sur la personne et sur les vêtements des accusés. En deuxième lieu, les policiers ont interrogé les accusés dans le bureau de police et, sur la base de leurs notes contemporaines, ils déposaient que les accusés ont admis d'avoir déposé les bombes. En troisième lieu, plusieurs d'entre les accusés ont signé des aveus devant les policiers. Le juge Bridge qui présidait le tribunal dit qu'il était convaincu de la culpabilité des accusés, et il les condamna à de longues années d'emprisonnement. Ils interjetaient un appel, lequel fut rejeté.

Après une longue campagne et en Angleterre et en Irlande, dans les médias, en 1987 l'affaire fut renvoyé de nouveau devant la Cour d'appel. La Cour entendait quelques témoins qui avaient présenté leurs témoignages devant le tribunal de jugement et quelques nouveaux témoins. L'appel tournait sur deux questions: la preuve fournie par les experts et la crédibilité des aveus en raison des prétensions que les policiers ont exercé de la violence pour extorquer les aveus des accusés. La Cour d'appel rejeta l'appel et se disait encore plus satisfaite de la culpabilité des accusés après l'appel qu'auparavant.

En 1990, l'affaire fut renvoyée encore une fois devant la Cour d'appel. Cette fois-ci, le procureur (Crown Prosecution Service) désavouait les preuves lesquelles servaient de fondement de la culpabilité des accusés. Les méthodes adoptés par l'expert, le docteur Skuse, étaient rejetées par la communauté scientifique. En deuxième lieu, les tests scientifique relevaient que les notes des policiers n'étaient pas en fait contemporaines, mais étaient rédigées ou modifiées de manière importante. En plus, une enquête de police révélait que des policiers de la West Midlands Serious Crime Squad avaient souvent falsifié les éléments de preuve pour s'assurer de la condamnation d'accusés et l'affaire des Birmingham Six n'en était qu'un exemple. Le ministre de l'intérieur (Home Secretary) avait ordonné l'abolition de ce Squad avant ce troisième appel. En troisième lieu, même s'il n'y avait pas de preuve de la violence exercé sur les accusés, la pression psychologique exercée mettait en doute la vérité des aveus - les accusés disaient qu'ils admettaient ce que les policiers voulaient pour mettre fin aux longues interrogations.

L'affaire donne une illustration nette des problèmes de la justice pénale. Le déni de justice résulte d'un part du système de l'enquête et de l'instruction tel qu'il existe dans un système juridique accusatoire. D'autre part, l'affaire montre les difficultés de l'appel contre la décision du jury, même si la défense introduit des nouveaux éléments de preuve après la condamnation.

¹ *R v McIlkenny* [1992] 2 All ER 417; (1988) 88 Cr.App.R. 40.

2. Le phase préparatoire de l'affaire pénal

Les affaires des dénis de justice ont démontré des insuffisances dans le phase préparatoire d'un cas au pénal dans trois domaines: le rôle de l'expert scientifique, le comportement de la police, et la pression exercé sur l'inculpé pendant les interrogations dans le bureau de la police.

L'expertise

L'affaire des Birmingham Six suivait celle des Guildford Four ² les condamnations desquels furent infirmées aussi pour l'insuffisance de la preuve scientifique présentée par les experts et par l'incrédibilité des aveus et des notes prises des interrogations par la police. Depuis ces deux arrêts, il y en a eu plusieurs de pareil. Quelques uns, comme Judith Ward et la famille Maguire ³, ont concerné la qualité scientifique des opinions des experts. Au Royaume-Uni, c'est à la charge de la police d'engager l'expert pour faire des enquêtes scientifiques. L'accusé peut aussi nommer son propre expert, mais cette procédure est rare, car l'accusé y a besoin normalement de l'aide judiciaire, et c'est difficile à obtenir. L'expert est appelé comme témoin par le procureur et apparaît ainsi au jury comme favorable à la condamnation de l'accusé. L'indépendance de l'expert est ainsi remise en cause. Les événements dans les affaires Judith Ward et Maguire confirment ces problèmes car les experts ont caché, même du procureur et du tribunal, leurs doutes scientifiques sur la qualité probante des tests qu'ils ont utilisés pour justifier leurs conclusions en faveur de la condamnation des accusés.

L'égalité des armes

Ces deux affaires-ci révèlent une autre problème de la procédure accusatoire telle qu'on utilise dans la justice pénale. Cette procédure requiert l'égalité des armes et l'égalité de l'information. Alors, la police a ramassé toutes les preuves en les a transmis au CPS. Contrairement à la pratique française, le dossier du CPS n'est accessible ni à la défense, ni au tribunal. La défense peut faire ses propres enquêtes, mais les preuves essentielles sont dans les mains du CPS. La procédure équivalent à la Chambre d'accusation (le committal) a lieu devant les magistrates et est typiquement sur dossier. La défense a droit a des copies des preuves déposés à ce stade de la procédure. Mais le dossier du CPS est plus complet - il contient les textes complets de ce que les témoins ont dit à la police, et il contient d'autres documents non déposés devant les magistrates. En principe, la défense doit avoir accès à tous ces documents. Mais le CPS peut y refuser l'accès pour protéger les témoins contre la pression illégitime ou bien car il veut s'en servir pour mettre en doute la crédibilité des témoins appelés par la défense. ⁴ (La défense n'est obligé que de fournir au CPS les noms des témoins

² *R v Richardson*, The Times, 20 October 1989.

³ *R v Ward* [1993] Crim LR 312; *R v Maguire* [1992] 2 All ER 433.

⁴ Voir *Practice Direction* [1982] 1 All ER 734.

qu'il entend appeler, mais il n'est pas obligé d'en fournir les attestations ou bien les sommaires. C'est au CPS de prouver son cas de ses propres moyens.) Dans les affaires Judith Ward et Guildford Four, les experts et la police⁵ ont caché de la défense les informations sur l'état de santé mentale des accusés laquelle mettaient en doute leurs aveus. L'inégalité de l'information dans une telle procédure accusatoire était en partie la cause des résultats injustes devant les tribunaux de jugement.

L'interrogation

Une troisième cause des injustices est la pression psychologique dans les interrogations devant la police, ce qui amène souvent à des aveus faux. Mis dans les lieux inhabituels, souvent par nuit, et soumis à des questions parfois féroces, les personnes ordinaires sont intimidées et veulent s'en sortir le plus tôt possible. Ainsi ils sont amenés à signer les aveus lesquels représentent la vérité. Les pouvoirs de suggestion de la police et l'intimidation psychologique dans l'interrogation ont un effet important dans le cas des personnes instables ou de peu d'intelligence. Ainsi, la Cour d'appel a infirmé les condamnations de Carole Richardson, Judith Ward, et Winston Sillcott.⁶ En application de la loi sur la procédure d'enquête et les pouvoirs de la police (la Police and Criminal Evidence Act 1984, dite PACE), le ministre de l'intérieur a promulgué un code de déontologie dans les interrogations. Les questions ne peuvent durer plus de 2 heures à la suite, l'interpelé a droit à du repos et aux repas. La loi permet aussi l'enregistrement sur bande magnétique des interrogations. Mais ces réformes n'ont pas empêché l'intimidation des inculpés, et l'affaire récente des Cardiff Three⁷ en fait preuve car les aveus n'avaient pas de valeur à cause de la pression de la police même si l'interrogation fut enregistrée.

Les conseils juridiques

L'affaire des Cardiff Three révèle un autre problème. La loi PACE de 1984 donne à l'interpelé le droit d'avoir l'assistance de son avocat (solicitor). Pour ceux qui n'ont pas d'avocat personnel, le gouvernement a institué un avocat de garde (duty solicitor). L'avocat est ainsi payé par l'état de se rendre au bureau de la police pour donner des conseils à l'inculpé. Mais une si bonne idée ne réussit pas en pratique. Des études scientifiques sur l'interrogation dans les bureaux de police révèlent que, dans un grand nombre de cas, l'interpele ne reçoit

⁵ Avant 1986, la police avait toute la responsabilité pour les poursuites au pénal. Depuis 1986, le stade de l'enquête reste sous le contrôle de la police, mais la décision d'intenter les poursuites et la présentation de l'instruction de l'affaire devant le tribunal est maintenant le rôle du CPS.

⁶ Les affaires Ward, ci-avant, note, Richardson, ci-avant note, R v Sillcott, The Times, 9 December 1991 (l'affaire des Tottenham Three).

⁷ R v Miller, The Times, 24 December 1992.

aucun conseil juridique, et même s'il en reçoit, le conseiller n'est pas toujours un avocat. L'étude de Sanders et Bridges en 1990⁸ a démontré que le conseil juridique n'est demandé que dans 25 % des cas. Lorsqu'il est demandé, le conseil juridique n'est pas offert à son client en personne que dans la moitié des cas. Dans les autres cas, il donne son conseil par téléphone ou limite son intervention à une demande à la police d'être tenu au courant de la situation de son client. Le conseil juridique en personne n'est fourni par un avocat que dans 55 % des cas. Dans les autres cas, un stagiaire ou un non-juriste de son bureau assiste au bureau de la police. Les recherches plus récentes préparées pour la commission royale ont trouvé que le conseil juridique est fourni par des stagiaires ou des clerks dans 60 % des cas.⁹ Le conseil dans le bureau de la police n'est pas bien rémunéré, et n'est pas un bon moyen de faire de la publicité pour l'avocat. Il préfère la présentation du cas devant le tribunal. Les conseils donnés sont souvent inefficaces. Dans l'affaire des Cardiff Three, la Cour d'appel infirma une condamnation pour le meurtre d'une prostituée à cause de l'intimidation exercée par la police pour obtenir l'aveu des inculpés. Pendant l'entretien en question, l'avocat des inculpés était présent, mais il ne disait rien et ne faisait pas d'objection au comportement de la police.

Les trois éléments ci-dessus: les experts, l'inégalité d'information entre le procureur et la défense, l'interrogation par la police et la protection des droits des interpellés, présentent une difficulté pour les jurés dans la séance du jugement. Ils ne sont pas bien placés pour regarder de près ce que leur dit l'expert ou le policier sans l'intervention très informée de l'avocat pour la défense. C'est la procédure de l'instruction qui nous pose des difficultés. Le rôle assez limité du CPS laisse à la police la responsabilité majeure pour préparer l'affaire avant de l'audience. Mais les policiers sont parties prises. Nous tenons à maintenir le système accusatoire, mais il nous faut rendre l'expert plus indépendant, contrôler de plus le comportement de la police, et créer une égalité d'information entre les deux adversaires dans l'audience du jugement.

3. Les appels au pénal

Si les affaires racontées ci-dessus ont démontré des difficultés pendant la phase préparatoire du cas, elles montrent aussi les difficultés du système actuelle pour corriger les erreurs commises par le jury.

Le jury siège seul et juge souverainement et sans motivation sur les faits présentés dans la séance du jugement. L'appel contre la décision du jury ne fut instauré qu'en 1907. Selon la Criminal Appeals Act 1968, la Cour d'appel peut infirmé la condamnation lorsqu'elle considère que la décision du jury est insatisfaisante ou bien n'a pas de base sûre, ou bien que la procédure de la séance de jugement était entâchée d'une irrégularité. Il est admis que la cour d'appel peut recevoir des nouveaux éléments de preuve lesquels n'étaient pas présentés

⁸ [1990] Crim LR 494.

⁹ M. McConville et J. Hodgson, *Royal Commission on Criminal Justice*, Research Study no. 6.

devant le tribunal de jugement. La Cour peut recevoir des documents, ou bien, comme dans l'affaire des Birmingham Six, elle peut écouter et interroger les témoins.

Mais cette procédure est bien placée pour corriger les erreurs dans les mois qui suivent la condamnation. Dans la plupart des affaires des dénis de justice, les condamnés ont interjeté un appel dans un bref délai de la condamnation, lequel fut rejeté. Mais les nouveaux éléments de preuve, surtout les opinions scientifiques, apparaissaient plus tard. Le droit anglais permet au ministre de l'intérieur de renvoyer l'affaire de nouveau devant la Cour d'appel. Mais la décision si les nouveaux éléments de preuve justifient un renvoi demande de l'expertise juridique. En pratique, les 5 affaires par an renvoyés par le ministre résultent d'une pression politique, plutôt que d'une opinion juridique bien informée. La pression politique qui précède le renvoi peut avoir une influence du moins subtile sur les juges de la Cour d'appel, car ils se trouvent dans une situation déjà politisée. Pour réformer ce système, on propose un comité indépendant lequel peut juger les demandes pour rouvrir des affaires tranchés et décider s'ils méritent d'être renvoyés devant la Cour d'appel.

C. L'AIDE JUDICIAIRE

Depuis 1949, l'Etat a subventionné au justiciable les frais du conseil juridique donné par un solicitor et les frais de la représentation dans les plaidoiries et devant le tribunal de jugement. Dans les cinq dernières années le coût de ces subventions a doublé et est déjà à £1,1 billion de livres sterling par an (vers 10 billions de francs). L'accroissement du taux de la divorce et la montée de la criminalité en sont les deux causes principales. Mais dans une période de difficulté pour les finances publiques, il est naturel de vouloir limiter l'augmentation d'un chef du budget si important. Mais les efforts du Lord Chancelier, Lord Mackay, n'ont pas trouvé de compréhension parmi les juges ou parmi les juristes.

Le gouvernement vient de limiter le budget de deux façons. En premier lieu, depuis le 12 avril 1993, il vient de réduire par 277,000 le nombre de personnes qui sont éligibles pour recevoir une subvention quelconque du budget de l'aide judiciaire. En second lieu, à partir du 1er octobre, un système de franchisage de l'aide judiciaire sera introduit par lequel certains cabinets d'avocats agréés auront le droit de conseiller ou de faire la représentation des clients bénéficiaires de fonds publics. Pour y être agréés comme franchisés de l'aide judiciaire, les cabinets devront accepter un tarif des honoraires acceptable au Trésor public.

La réduction de l'éligibilité

En ce qui concerne le conseil juridique, le justiciable peut se présenter au bureau d'un cabinet de solicitor et obtenir des conseils et des actes équivalents à 4 heures de travail sans autorisation préalable du bureau local du fonds de l'aide judiciaire. Jusqu'au 11 avril 1993, un justiciable dont les revenus par semaines étaient, après certaines déductions, moins de £145 par semaine (6000 F par mois) était éligible d'une subvention du fonds de l'aide judiciaire. Depuis le 12 avril,

cette limite est réduite à £61 par semaine (2600 F par mois). ABWOR (Advice by way of representation) a une limite plus élevée de £147 par semaine.

Comme l'information sur l' ABWOR l'indique, la représentation a des limites financières plus élevées, mais, en général, le justiciable doit obtenir l'autorisation préalable du bureau de l'aide judiciaire (en matière civile) ou des magistrates en matière pénale. En matière civile, le revenu maximum pour être éligible à la subvention totale de l'aide judiciaire vient d'être réduit de £3060 par an, après déductions, (2600 F par mois) à £2294 (1900 F par mois). Le revenu maximum pour être éligible à une subvention partielle est réduite à £6800 (5600 F par mois). Les frais de la représentation par un avocat (solicitor ou barrister) sont considérables. Par exemple, un solicitor moyen d'une ville ordinaire comme Gillingham en Kent reçoit £90 par heure de ses clients privés, mais seulement £43,25p de l'aide judiciaire. Le client non-subventionné par l'aide judiciaire se trouve souvent dans l'impossibilité de payer les frais si élevés pour le conseil et le trouve encore plus impossible de payer les heures de représentation dans une séance orale et les plaidoiries préalables.

L'aide judiciaire en matière pénale est totale pour ceux qui ont des revenus moins de £45 par semaine (2000 F par mois) et la contribution est de £1 pour chaque £3 de ses revenus en plus de cette somme. A cause de l'usage des réprimandes de police, le nombre des affaires au pénal est en déclin. (Ils ont réduit de 15 pour cent dans l'année dernière.) Ainsi les subventions de l'aide judiciaire ont réduit de 14,1 pour cent dans la même période.

Le franchisage de l'aide judiciaire

Les solicitors et les barristers ont augmenté leurs honoraires de manière spectaculaire dans les années 80. Les salaires des conseils financiers, des banquiers, et des agents d'assurance ont augmenté après le Big Bang de la Cité de Londres en 1986, et les salaires des solicitors ont suivi. Même si le bureau de l'aide judiciaire continue de payer beaucoup moins que le client privé, les honoraires ont augmenté de manière importante dans cette période. Le gouvernement veut freiner la montée des dépenses.

L'année dernière, le Lord Chancelier a imposé un tarif des honoraires très rigide de paiements pour la représentation au pénal. Les juristes s'en plaignaient et intentaient une action en justice pour faire annuler les règlements introduisant le tarif. Mais ils ont dû abandonner le procès.

L'idée de franchisage veut aussi limiter l'augmentation des frais d'avocat. Le cabinet d'avocat aura un contrat de fournir des conseils ou bien de la représentation ABWOR dans les matières définies (ex. le droit de la famille, l'immigration, le droit pénal). Il aura plus de liberté et moins de bureaucratie à souffrir dans le conseil de son client. Mais il doit se soumettre à un tarif pendant cette période. Le tarif sera réglé par voie des enchères. Chaque solicitor détermine son prix pour le contrat du franchisage et le prix et le service les plus intéressants seront acceptés par le bureau de l'aide judiciaire. On va voir si le système ainsi proposé limitera le coût de l'aide judiciaire. Mais dans la récession financière, les avocats ne sont pas bien placés pour résister à la pression pour un contrôle du marché sur le coût de leurs services.

Lord Taylor, le Lord Chief Justice, a critiqué les réformes de l'aide

judiciaire pour le raison qu'elles risquent de diminuer l'accès à la justice des justiciables.

D. CONCLUSION: LE CLIMAT DE LA JUSTICE

Dans les dernières années nous avons vu un spectacle insolite -les juges les plus importants critiquent le gouvernement en public. En 1988, le gouvernement a proposé de limiter les privilèges des barristers pour représenter les justiciables devant les tribunaux. Les juges anglais, anciens barristers et chefs de la profession, ont utilisé leurs sièges dans la Chambre des Lords pour critiquer le Lord Chancelier (un écossais) de manière féroce. Ils ont gagné une demi-victoire. Cette année, le Lord Chief Justice, Lord Taylor, a critiqué le nouvel système de sanctions pénales. Sa voix et celles d'autres personnages ont contribué à l'abolition hâtive d'un système à peine en vigueur. Plus récemment, il critique les réformes de l'aide judiciaire.

Comme d'autres professions, les professionnels de la justice - les juges, les solicitors, les barristers, et les autres conseils du justiciable - se trouvent confrontés par une conception gouvernementale du service public laquelle ne conforme pas à la leur. On vient d'imposer un Courts Charter pour rendre les tribunaux (salles d'attente, courrier du greffe, ect.) plus conforme aux souhaits du consommateur, le justiciable. On a libéré le marché pour certains services juridiques, comme le transfert de propriété immobilière, et la représentation devant les tribunaux supérieurs. Il est clair que le gouvernement n'accepte plus que les professionnels définissent le service lequel est nécessaire et demande que le Trésor public y trouve les ressources. Dans les réformes de l'aide judiciaire, c'est le gouvernement qui essaie de définir le service public à rendre.

Jusqu'ici, le travail du juge a été peu touché par cet esprit de confrontation avec les professionnels. Mais on voit déjà les tensions entre le gouvernement et ses juges. Il est ironique que ces tensions se soulèvent à un moment où le Lord Chancelier est un juge professionnel et le Home Secretary (ministre de l'intérieur) est un juriste.

ANNEXE

SELECTION AND INDUCTION OF JUDGES

John Bell (University of Leeds) ¹⁰INTRODUCTION

Merryman has rightly suggested that to compare the 'judges' in France and the United Kingdom is rather like comparing apples and oranges - they are both fruits, but of different kinds ¹¹. In crude terms, we have a career, civil service body, compared with a body of people, usually barristers, who have had a long career in legal practice, advising and representing clients. But the differences go further, because in both systems there a significant number of specialist judges whose functions do not often closely match those of their opposite numbers in the other country. I want, first of all, to map out briefly the remit of the discussion on judicial selection before looking in more detail at some of the major issues involved.

A. *WHO IS A 'JUDGE'?*

We can define the role of judge best in functional terms. A judge is a state-appointed official who adjudicates on disputes and makes authoritative determinations on issues affecting typically the citizen and the state. ¹² Adjudication on disputes is a central function. Authoritative determinations are made often where there is no dispute, e.g. in most divorce cases, adoptions, bankruptcy orders, and, of course, most criminal cases, all of which are most often not contested cases.

When we look at both English and French legal systems, we see that no one body of persons performs all the kinds of judicial task in the system. In both systems, different groups of people are asked to perform different roles.

The position in England is almost as complex as that of France. The corps of professional judges is small: 10 in the House of Lords, 110 in the High Court and Court of Appeal, and some 75 stipendiary magistrates, 467 Circuit Judges and 232 District Judges. (There are also some 786 Recorders and 430 Assistant Recorders who are professional lawyers acting as judges on a part-time basis and undergoing an element of judicial training.) These deal with criminal and civil matters in the highest courts. There is only a limited functional division between public law (the 15 judges of the Crown Office List) and private law. But, that said,

¹⁰ Extrait d'une communication faite au "LIVERPOOL JUDICIARY CONFERENCE: 22-3 MARCH 1993"

¹¹ J. H. Merryman, 'How others do it: the French and German judiciaries', 61 S. Cal. L. Rev. 1865 (1988).

¹² For a fuller discussion of judicial functions see my 'Judge as Bureaucrat' in J. Eekelaar and J. Bell (edd.), *Oxford Essays in Jurisprudence* (3rd series, Oxford 1987), 44ff, where I list eight such functions.

there is an impressive number of non-professionals working in tribunals and magistrates courts. In public law matters such as taxation, immigration, social security, as well as in private law areas of labour law and rent control, there are specialist tribunals. Each has its own judges, consisting of laypeople sitting with a legally qualified chairman. These various bodies deal with well over a million cases a year and involve some 26,000 tribunal members. A similar pattern emerges in criminal and family law, where the 'magistrates' (justices of the peace) deal with some 2 million criminal matters and many other family and other cases. These 29,441 citizens (16,105 men and 13,336 women) volunteer their services and undergo training. In commercial matters, we should also not forget the important role played by the Official Referee and private arbitration (often by professional or trade associations). Professional judges in robes are the tip of the iceberg, dealing with serious and complex civil and criminal matters, while routine cases (often of great importance to individuals) are dealt with at magistrates or tribunal level.

The picture from both countries is that there is no monolithic model of a 'judge' operated in either system. There are a variety of people who perform judicial functions in relation to specific kinds of issue, and they have appropriate expertise in relation to it - but this need not be legal expertise. There are also a number of generalist judges who cover a wide range of issues, and it is these who are more likely to be professionals with a training in law. But the very variety of judiciaries and the tasks which they perform make it difficult to talk of a single process of selection for the judiciary.

Even if we focused simply on the professional judiciary which deals with civil and criminal cases, we are not really comparing like with like. There are some 6,000 French 'magistrats', but a mere 900 English 'judges'. Many of the former are young and work in the routine lower courts. The Cour de Cassation deals with some 18,000 cases a year on the civil side, almost as many as the High Court. When we compare the High Court, Court of Appeal and the House of Lords with the Cour de Cassation, we get a degree of comparability in the size of caseload, the centralisation of justice, and the age of judges, since at that level, even the French conseiller is likely to be 50 to 65.

B. APPOINTMENT PROCEDURES

I want to suggest that there are three issues in this area:

- 1) Who does the selection?
- 2) What are qualifications/prior experience required?
- 3) What training is provided?

1. Criteria for Selection

1) *Competence*: When considering the competences necessary for a judge, it is conventional to consider

(i) *Technical competence* both on specific subject-matter, e.g. commercial law, public law, and general legal competence. On the whole, French

procedures concentrate on this:

'Dans un modèle républicain à dominante jacobine, où toute légitimité provient de l'Etat et de la loi, l'Ecole nationale de la magistrature a formé des générations de magistrats modernes. Leur légitimité était fondée sur la compétence technique.'¹³

Much the same could be said of the criteria used in English appointments.

(ii) *Common sense and intelligent judgment* for the development of the law.

(iii) *Social understanding* is needed both for creative application and for implementing rules in a variety of social contexts. François Gény called an understanding of 'la nature de la chose'. This is not just technical expertise, but a sense of what will work in the social context.

(iv) *Political skill for the judge as social engineer* (Pound) fits in with (ii) and (iii). In formulating new rules, then one needs more than technical competence, one needs a sense of policy (albeit not 'political' skill in the partisan sense of the term).

In England, there is no list of competences which a judge must have (though such a list is being developed for other court officials).

2) *Legitimacy*: The issue of how a professional judiciary can be representative of the community it serves is important in giving it legitimacy. David Pannick argues that,

'One important way to encourage respect for the law is to show those whose behaviour it regulates that the law is made by those whom it binds, not by a remote group whose attitudes and ideals are foreign to those of ordinary people. The judiciary can claim many virtues. But it cannot pretend to be representative of the populace. A broadening of the judicial base could do much to strengthen the rule of law.'¹⁴

(i) Belonging to respected corps perhaps represents the typical method of obtaining legitimacy in France and England. French judges belong to 'la magistrature' or to the corps of judges of the tribunaux administratifs and the Cours administratives d'appel, or to the Conseil d'Etat. English recruits belong to the Bar or, in some cases, to the solicitors' profession. These professional associations give a credibility to their members.

An issue arises how far membership of a corps is a guarantee of professional competence, or how far it is a barrier to access to the professional judiciary from a wide pool of available talent.

(ii) Democratic access is a central feature of much French appointment

¹³ H. Dalle, 'Le recrutement et la formation des magistrats: une question de légitimité' (1991) 57 *Revue française de l'administration publique* 53 at p 55.

¹⁴ *The Judge* (Oxford 1987), p. 54.

since 1789, and certainly since 1875 when the system of annual competitive examinations was brought in. Because of the prior professional experience required, access to the English judiciary depends on access to the professions. Current debates on the ease of access to the professions by minorities should be read in this context.

It is important to question how far access to the profession of judge is really open to the best talents, and how this can be related to the need to maintain professional standards.

(iii) Representativeness involves the judiciary representing society. This might be achieved in any of three ways: (a) the judge as agent acting on behalf of society and on its instructions; (b) the judge as a typical person in that society; or (c) the judge as a person chosen by society to act on its behalf. Only in a very general sense does the judge act on the instructions of society, though s/he is restricted on the exercise of her/his own initiative. In England, debates often fluctuate between (b) and (c) without a sense of which is important. Criticism of the background of judges and magistrates and the wish to include underrepresented groups focuses on (b). The request for a more open system of appointment and a debate about who should be appointed (as in the JUSTICE report) focuses on making (c) a reality. In France, representativeness as set out in (b) is achieved in the non-professional judiciary in the commercial, labour, rural leases and other such courts. But, as in England, the professional judiciary relies on (c) for its authority. There is, perhaps, a less lively debate in France on the social composition of the judiciary. It is rather the political composition, e.g. in the Conseil constitutionnel, that retains attention in its representative character.

3) *Participation* in the appointment process by appropriate groups is seen as an important feature if the process is going to achieve its objectives. The JUSTICE report looks for professional selection to gauge competence, and the French system has the Conseil supérieur de la magistrature and the commission d'avancement to undertake technical scrutiny. Where technical legal competence is not primary, the commercial judges are elected by the commercial community, and the same goes for labour court members. The English, on the other hand, are given to government appointment with no formal participation by interested groups. Even technical legal competence is judged in a rather informal and private way. How to structure participation depends on who should be involved, and what features they are meant to authenticate: personal acceptability, technical competence, understanding of social life, etc.

The issue arises as to who should participate in the process of selection and what their role should be. Even if one is testing technical competence as a principal feature, should there be no participation from representatives both of the State and the justiciables whom the judges have to serve?

2. Appointment procedures in England

Compared with the French systems, the English operate in less formalised ways. The most formal structure exists for appointing magistrates. Here, the Lord Chancellor's department has a series of regional advisory committees which seek nominations from local organisations and individuals. These committees then recommend names to the Lord Chancellor who appoints appropriate individuals, taking account of ethnic, political, sex and social balance. Although many criticisms are made about the outcomes of these processes and the unrepresentative character of the advisory committees, as well as the lack of public scrutiny, there is a comparative degree of openness compared with other judicial appointments.

Tribunal members are appointed by ministers in departments on the advice of the Lord Chancellor's department. There is not the same formal mechanism for recruitment. Nor, indeed, is there uniformity of practice. For each tribunal, a different ministry is involved, and different criteria are used in selection.

As to professional judges, they are appointed by the Lord Chancellor with the assistance of his Appointments Group. Candidates write to be considered or are recommended by third parties. They are interviewed by members of the Group, and views of judges and senior members of the Bar or the solicitor's profession are sought, and kept on file. Whenever an appointment needs to be made, the files are considered by the Lord Chancellor with senior judges (the Lord Chief Justice, Master of the Rolls, Vice-Chancellor, President of the Family Division and senior presiding judge of the circuit).

Qualifications

For magistrates and tribunal members (apart from those with a legal qualification), there are typically no specific qualifications needed, other than relevant experience. In the case of professional judges, statute lays down minimum periods of experience for becoming a judge: 7 years for a stipendiary, 10 for a circuit judge or High Court judge. Beyond these the Lord Chancellor seeks a high standard of professional ability and experience, personal integrity, and a suitable temperament. Typical ages are 40 for District Judges, 45 for Circuit and High Court judges, and 38 for Recorders.

The criteria are rather general and vague, making it rather difficult to define appropriate attributes with any precision. They are subject to criticism even on the ground of technical competence. For instance, David Pannick QC has argued:

'By recruiting the judiciary almost exclusively from amongst barristers, our legal system wrongly implies that because someone is a successful advocate, he will therefore make a success of being a judge and that no one can be a good judge who has not been an eminent barrister.'¹⁵

Issues

A thumbnail sketch of the appointing procedures leaves a number of questions.

¹⁵ Above note 6, p. 52.

Firstly, in the area of qualifications, is it right that, even in a professional judiciary, technical competence as a lawyer, judged by one's professional peers, is the sole determinant of whether a person should be appointed? How far should social perceptions, and even political views, be the subject of scrutiny.¹⁶

Secondly, who should do the appointing? Although more informal, the English process shares with the French the primary role of members of the professional judiciary in selecting who should join them and who should be promoted from among them. This is in contrast to the magistracy where the members of the Advisory Committee are not all magistrates. Even more markedly, in France, commercial, labour, and rural leases judges are elected from the constituencies they serve, rather than by the judges on the Bench. By contrast, the English prefer, as with the magistracy, a system of central nomination, rather than any broader participation by other sections of the community.

If judges have more than technical roles in applying rules to fact, but must make social and policy judgments, the basic question is whether their ability to make such judgments should be more extensively scrutinised, and whether the range of people involved in the selection should not also reflect the need to look beyond the purely technical features of judicial competence.

C. SOCIAL BALANCE AND JUDICIAL APPOINTMENTS

One of the principles for judicial appointment enunciated above was representativeness. If judgment is given in the name of society, the judge should, in some sense, represent society. Of course, judges are not typical in most senses - they come from an intellectual élite, and often from a social élite as well [Griffiths]. Some of this is inevitable if one is going to have a professional body of persons skilled in the law. But there are facets of the bench which can more directly be seen as representative, even if only in a symbolic sense.

Balance between the sexes

In both France and England, the ratio between male and female law students is roughly the same. In France, this balance of the sexes is roughly mirrored in the entrants to the ENM, which has a slight preponderance of female stagiaires. Women have risen to the very top of the judicial profession. The former Premier Président of the Cour de Cassation, Mme Rozès, demonstrates this, as do Mme Grévisse, and Mme Questiaux, presidents of sections in the Conseil d'Etat.

In England, the position is very different. No woman has ever become a Law Lord, and there is only one woman among the 27 Lords Justice of Appeal. A further two women are found in the High Court (out of 83) and 22 Circuit Judges out of 467 are women. There is political will in the Lord Chancellor's Department, which appointed 1008 men and 1009 women in 1991 as magistrates, maintaining a very evenhanded approach.

¹⁶ It should be noted that, in the case of appointments of magistrates, the Lord Chancellor's Department explicitly seeks to ensure political, sex, ethnic and other balances within the group of those appointed.

A question to raise is whether the English career structure actually militates against women being promoted to the bench. To gain such a promotion, a woman has to have made a success at the bar or, perhaps more in the future, as a solicitor-advocate. But while women constitute 40% of pupils (trainees for the profession), they only constitute 19% of the Bar, and only 5% of QCs (senior members of the Bar). Women constitute 47.5% of the entrants to the solicitors profession, but only 32% of all solicitors in employment, with a notable decline for longer years of service. Only 28% of all women in practice have partnerships compared with 62% for men.¹⁷

A critical issue may be career breaks in order to bring up a family. These may slow down progress in private practice and make re-entry difficult, with all the catching up with legal developments involved. Contrast that with the French judge. She has a civil service career track. She is entitled to maternity leave and judges of either sex may also take up to 2-years of parental leave per child with a right to re-enter the profession at an equivalent level. Women can and do continue to make progress in such a career structure, and can compete with men for the top jobs.

Ethnic balance

Both England and France are multicultural societies. France is a country on which the sun never sets, stretching from New Caledonia to the West Indies. Members of overseas territories are French nationals (a contrast with the status of Hong Kong nationals in Britain). But apart from this both countries have second and further generation nationals from a variety of ethnic groups. In England, one-third of those who appear as defendants in criminal cases come from ethnic minorities, yet the judiciary remains predominantly white. Only 3 Circuit Judges come from such a background, and only 5% of barristers and 14.2% of solicitors (though only 1.5% of partners) come from ethnic minorities. There has been more success with the magistracy, but ethnic representation is still a problem. The danger of racism, conscious or not from the bench, has led the Judicial Studies Board to start ethnic awareness training for all members of the bench.¹⁸

One suggestion for the problem is that there will be a long delay before ethnic minority barristers or solicitors obtain sufficient seniority to be eligible for appointment to the Bench. By contrast, the French appointment of younger people to the bench enables a more rapid adjustment to demographic changes.

Disability

Records on the position of disabled people are more sketchy. All the same, the French civil service career structure, together with the emphasis on written

¹⁷ See D. Harvie, 'Minorities in a recession' (1992) 142 NLJ 746.

¹⁸ There have also been allegations that last year's examinations for entry to the Bar were unconsciously racially discriminatory: see 'Ethnic minorities and the Bar' (1992) 142 NLJ 1501.

procedure, do make it more possible for a person with a disability to cope with the demands of the bench.

The issue of social balance is a feature which relates both to the function and legitimacy of the judiciary. If the function of the judge includes making rules for the community and decisions affecting a range of social groups, then it must be asked whether the judiciary as a whole is able to appreciate and take into account the variety of social perceptions which should inform such decisions. If judges are performing such a role, will they be perceived as legitimate decision-makers by the social groups involved if they do not reflect those interests in the composition of the Bench. Once we move from a relatively homogeneous society to a very clearly pluralistic, if not divided, society, then we need to be sensitive to these questions in the structure of judicial appointments.

Could it be that the French civil service structure is better able to respond to changing social demands than the English attention to success in the legal profession?



LE JUGE ET LE RETOUR A LA DEMOCRATIE EN ROUMANIE

Valeriu STOICA
Directeur de l'Institut de Formation et de
Perfectionnement des Magistrats en Roumanie

LE JUGE ET LE RETOUR A LA DEMOCRATIE EN ROUMANIE

Valeriu STOICA

Directeur de l'Institut de Formation et de
Perfectionnement des Magistrats en Roumanie

1. L'automne dernier, avec l'aide généreux du Conseil de l'Europe, j'ai visité l'Ecole Nationale de ^{la} Magistrature, à Bordeaux, où se trouve le siège principal, aussi bien qu'à Paris, où fonctionne le Département International. Parmi les nombreux et très intéressants pourparlers que j'ai eus à cette occasion, ^{le} ~~em-~~ tretien eu avec Antoine Garapon m'est revenu à l'esprit au moment où j'ai été invité, par la bienveillance de Monsieur Jacques Lavalloix, à présenter les problèmes spécifiques, liés à l'éthique du magistrat, que pose le passage du totalitarisme à la démocratie dans un pays de l'Est de l'Europe, tel que la Roumanie.

J'ai appris ainsi, avec agréable surprise, ^{de} l'existence de l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice et j'ai constaté, avec amertume, l'énorme distance qui sépare la situation de la magistrature de mon pays, de la situation de la magistrature d'un pays démocratique pareil à la France. Dans le premier cas il y a une crise d'identité; transformée par le système communiste en simple instrument du pouvoir exécutif, la justice tente de redevenir elle-même un pouvoir et de regagner le prestige qu'elle avait acquis entre les deux guerres, quand elle s'était constituée dans un corps d'élite; la nostalgie élitiste est présente à presque tous les magistrats de Roumanie qui désirent se reconstituer une identité regardant vers le passé précommuniste au lieu de regarder vers l'avenir et de se synchroniser avec les dernières évolutions de la condition du magistrat à l'Occident; cette crise d'identité a également une dimension morale parce-que le long exercice de soumission et d'humiliation, pratiqué durant le communisme

a déterminé l'atténuation ou même la perte de la structure de valeurs de la profession de magistrat. Dans le deuxième cas, un subtil processus d'autoconnaissance - concrétisé, parmi autres, dans l'existence même de l'institut dirigé par Monsieur Antoine Garapon - a mené à la découverte d'un excès d'identité par lequel la magistrature française semble se transformer dans une caste, donc dans un système clos, séparé en quelque sorte du reste de la société et presque impénétrable aux problèmes avec lesquels celle-ci se confronte; par conséquent, il y a aujourd'hui un intérêt de plus en plus ~~accroissant~~ accentué pour redéfinir l'identité de la magistrature, qui, au-delà de la conscience de corps, reste consubstantielle et complémentaire à la société entière. Au-delà de la différence entre les deux systèmes, il y a une nécessité commune: pour accomplir ses fonctions dans une société démocratique, les magistrats doivent avoir la conscience de leur propre identité professionnelle, identité qui se préfigure surtout par la structure de valeurs morales.

2. De ce point de vue, on ne peut pas négliger les problèmes spécifiques liés à l'éthique de la magistrature que pose en Roumanie la période de transition du totalitarisme à la démocratie, d'une économie centralisée à une économie du libre marché, basée sur la propriété privée.

a) La caractéristique essentielle de cette période de transition ressort de la coexistence de fausses valeurs imposées durant le communisme par un complexe système de principes politiques, moraux et juridiques avec les valeurs qui sont la base de la société démocratique et qui imposent une restructuration totale de tout le système normatif. Certainement, cette coexistence ne peut être que contradictoire, marquée par les ~~faibles~~ ^{aigus} conflits qui apparaissent fatalement entre les différents types de valeurs et de

normes. La conséquence dramatique est la relativité des valeurs et des règlements, sur ~~laquelle~~ laquelle ceux-ci s'appuient. Même le système législatif est en crise parce-que beaucoup de lois adoptées par l'ancien régime n'ont pas encore été expressément abrogées, bien qu'elles soient en contradiction évidente avec les nouvelles lois, adoptées après l'effondrement du communisme, ou même avec la nouvelle Constitution de la Roumanie. Le rythme lent de la réforme législative, justifié en quelque sorte par les exigences de la procédure parlementaire, prolonge la durée de cette période de transition. Au niveau de la magistrature, la relativité des valeurs et des règlements moraux et juridiques, détermine un état d'incertitude, même de désorientation, de sorte que même la justice fonctionne, beaucoup de fois, de manière aléatoire, sous les impulsions occultes du hasard, ~~mais~~ tout en perdant donc, en quelque sorte, son fondement d'équité et de raison. Par exemple, il arrive souvent que le même problème de droit soit résolu différemment non seulement par des instances différentes, mais même par des juges qui fonctionnent à la même instance. Bien que, dans des conditions pareilles, la valeur du précédent judiciaire doive augmenter, il n'y a pas toujours le courage nécessaire pour utiliser d'une manière efficace cet instrument. Mais une vraie éthique du magistrat est inconcevable sans le courage, valeur qui constitue le support moral de l'idée d'indépendance de la justice. Mais, à la différence de l'utopie communiste, où la dimension du risque était annulée et le courage perdait sa signification morale, la démocratie est un monde du risque assumé d'une manière responsable, donc du courage comme valeur morale. Voilà pourquoi, en quête de leur propre identité, les magistrats roumains doivent redécouvrir leur courage.

b) Quoique sans liaison apparente avec l'éthique du magistrat, la contradiction entre le besoin d'accroître de façon substantielle le nombre des magistrats et les possibilités réduites de satisfaire

cette nécessité, a, en réalité, une grande influence.

Même dans les conditions du régime totalitaire il y a eu des juges et des procureurs qui ont essayé d'imposer le respect de la légalité, soit dans l'acception communiste de cette notion. Mais, même si officiellement le pouvoir communiste reconnaissait l'importance de ^{la} soi-disante "légalité socialiste", les instructions et les dispositions, ~~notamment~~ surtout celles téléphoniques, étaient plus importantes que n'importe quelle loi. C'est à cause de cela que le nombre des juristes, en général, et des magistrats, en spécial, a été réduit graduellement, ainsi que ceux-ci ne constituent jamais une vraie force capable à limiter les abus du pouvoir totalitaire.

A présent, suite à la nouvelle loi d'organisation ^{judiciaire} ~~judiciaire~~, par laquelle ont été réintroduites les Cours d'appel (en nombre de 15) et a été doublé le nombre des tribunaux de première instance, on a besoin de plus de 1000 nouveaux magistrats.

La base de sélection pour les futurs magistrats est elle-même très réduite, parce-que la formation professionnelle des juristes a été systématiquement empêchée par l'ancien régime. Il est vrai qu'après 1989 l'enseignement ^{juridique} ~~juridiques~~ est développé d'une manière impressionnante, au moins du point de vue cantitatif, mais les premières promotions de juristes qui ont commencé leurs études ultérieurement à cette date termineront les facultés de droit à peine en 1994.

Dans ces conditions, trois conclusions s'imposent avec évidence: il est impossible de sélectionner plus de 1000 nouveaux magistrats jusqu'au premier juillet 1993, date à laquelle entrera en vigueur la nouvelle Loi d'organisation judiciaire; dans tous les cas, l'Institut ~~pour~~ de Formation et de Perfectionnement des Magistrats (l'équivalent roumain de l'École Nationale de ^{la} Magistrature en France) ne dispose pas de logistique nécessaire pour assurer la

formation initiale d'un nombre plus grand de cent magistrats chaque année; il est difficile à croire que les magistrats qui seront quand même sélectionnés accompliront toutes les exigences ^s éthiques et de ^p compétence professionnelle, inhérentes à l'exercice d'une telle fonction.

Le problème de la sélection des futurs magistrats ~~est~~ est aigu surtout sous l'aspect éthique, parce-que la déontologie de cette profession est tout à fait spéciale, et son respect suppose des caractères ^t forts, la capacité de sacrifice et un profond attachement envers l'idée de justice comme valeur humaine. Or une sélection où le critère quantitatif prévaut sur le critère qualitatif risque de mettre sous le signe du doute même la déontologie des futurs magistrats.

c) Le Code déontologique constitue un problème fondamental non seulement pour les jeunes magistrats, mais même pour les magistrats formés à l'époque de l'ancien régime. Même les juges et les procureurs qui ont fait preuve d'une certaine résistance morale, en essayant de limiter les ingérences de l'ancien parti communiste dans l'activité jurisdictionnelle, éprouvent le besoin de donner une autre dimension éthique à leur profession, surtout sous l'aspect de l'affermissement de l'indépendance du pouvoir ^{judiciaire} ~~paradique~~. D'autant plus compliquée est la situation des magistrats qui, pour une raison ou pour une autre, ont accepté le compromis d'ordre moral. La solution de changer tous les magistrats ou la plupart ~~des magistrats~~ de ceux qui ont travaillé aussi pendant le communisme a paru tentante à un moment donné, mais ~~se~~ s'est avérée non seulement impossible du point de vue pratique, mais aussi dangereuse par son intransigeance utopique. L'unique voie réaliste est la réforme graduelle du corps de magistrats, par la corrélation judiciaire des processus de formation initiale et permanente aussi

bien que par l'assurance de l'équilibre entre le contenu professionnel et le contenu éthique de ces processus.

3. Ces trois problèmes graves, liés à l'éthique du magistrat, que pose le passage vers une société démocratique en Roumanie, peuvent être résolus uniquement par une stratégie cohérente, à long terme, appliquée avec conséquence, aussi bien par les ressources internes du corps de magistrats, que par les programmes gouvernementaux et les lois adoptées par le Parlement. Mais une telle stratégie n'a pas été élaborée que d'une manière fragmentaire et appliquée avec timidité, à des effets difficilement à évaluer en ce moment-ci.

Trois catégories de difficultés (économiques, politiques et psychologiques) empêchent l'élaboration et l'application d'une pareille stratégie.

a) L'euphorie provoquée par l'effondrement du communisme au Centre et à l'Est de l'Europe s'est dissipée graduellement, laissant la place à une désillusion générale. Il a été remarqué assez rapidement que la démocratie et l'économie du marché restent uniquement des mots vides tant que personne n'a pas expérimenté d'une manière convaincante le chemin du retour du communisme au capitalisme. Récupérer les valeurs de l'économie du marché et de la démocratie dans les pays du Centre et de l'Est de l'Europe est une expérimentation historique non-terminée, qui a reçu des accents de plus en plus dramatiques, qui éveille des anxiétés infinies. Le regain du nationalisme et le désastre économique sont les signes négatifs distinctifs de cette période de transition, capables de troubler même les natures les plus optimistes.

L'instabilité des structures sociales, la fragilité des institutions de la propriété privée, l'inflation galopante, le volume baissé des investissements étrangers de capital, dessinent un décor très peu attrayant, sinon même répugnant sur la scène où

devrait se déployer la résurrection morale de la magistrature.

Sans doute, les vraies ressources de la conscience morale ont une nature spirituelle. La force de la conscience morale se vérifie non seulement dans des situations de bien-être matériel, mais surtout dans des circonstances extrêmes qui impliquent aussi le risque de sacrifier ses propres commodités. Mais l'histoire démontre que la vocation du martyr est une exception, même si l'exemple des martyres produit dans le temps de grands changements au niveau des idées et des mentalités qui structurent la société. Voilà pourquoi ce n'est pas bien que toute une catégorie professionnelle soit confrontée en permanence avec ses propres limites matérielles d'existence. D'autant plus quand il s'agit de la magistrature, une telle expérience est profondément nuisible. Malheureusement, même si les salaires des magistrats ont été augmentés plusieurs fois dans les dernières trois années, cette expérience n'a pas pu être évitée en Roumanie, pays dont l'économie ne donne pas encore signe de redressement. La vérité douloureuse est que les traitements des magistrats, même s'ils paraissent raisonnables par rapport avec les salaires d'autres groupes professionnels, sont loim d'assurer un niveau de vie décent, afin de mettre les juges et les procureurs à l'abri de la tentation de la corruption. Voilà pourquoi, dans la conjoncture existante, les magistrats devraient avoir, sinon la vocation du martyr, au moins celle de la pauvreté.

b) Le sens anticommuniste de la révolte du décembre 1989 et des émeutes de la rue qui se sont prolongées jusqu'à la fin de l'année 1990, a été graduellement atténué par la réaction des groupes réformateurs de l'intérieur de l'ancien pouvoir totalitaire. Le succès du coup d'Etat habilement organisé sous le rideau protecteur de la révolte anticommuniste a permis le frei-

nage graduel du processus démocratique et ensuite la reprise du contrôle ~~de~~ ce processus par l'ancienne Nomenklatura avec l'aide des uns ou des autres de l'ancienne force de répression - Securitate-. De cette manière, les formes démocratiques sont détournées dans un sens autoritaire, spécialement par la subordination indirecte, bien dissimulée, des institutions de l'état qui devraient fonctionner sans aucune dépendance. Le manque de vigueur de l'opposition explique en bonne mesure cette restauration partielle (mais quelle restauration n'est ^{elle} pas partielle?). Jusqu'à ce que l'opposition parviendra à se consolider, assurant ainsi la prémisse indispensable pour le fonctionnement du système démocratique, le statut même de la magistrature reste mal défini, hybride. L'indépendance et l'inamovibilité des juges sont énoncées comme principes, mais la Constitution, la Loi d'organisation judiciaire et les projets de lois concernant la modification du code de procédure pénale et du code de procédure civile contiennent quelques dispositions qui limitent la sphère d'application de ces principes. Ainsi, l'inamovibilité des juges de la Cour Suprême de Justice est réduite à une période de 6 ans, et l'institution du recours en grâce, d'origine soviétique, est gardée dans une forme cachée, sous le nom de recours en annulation. La pression exercée sur les juges, bien sûr beaucoup plus subtile que dans le régime totalitaire, ou même la sélection et la promotion des juges sur le critère de la fidélité politique constituent un obstacle sérieux pour consolider et acquérir à nouveau la conscience morale des magistrats.

c) Des difficultés d'ordre économique et politiques impliquées par l'élaboration et l'affirmation du code déontologique de la magistrature dans une société post-communiste sont aggravées par les difficultés d'ordre psychologiques. La composition hétérogène de la magistrature, différenciée non seulement en ce qui concerne

l'âge, le sexe, les mentalités et la compétence professionnelle mais aussi en ce qui concerne la culpabilisation ou l'autojustification envers son propre passé provoquent des tensions psychiques, des conflits latents ou ouverts, des modalités différentes de se rapporter aux valeurs de la profession. Autrement dit, il n'y a pas encore une solidarité ^{de} corps sur laquelle puisse se baser tant la défense des intérêts des magistrats, que le respect du code déontologique dans l'exercice même de la profession.

4) La présentation succincte des problèmes liés à l'éthique du magistrat, que pose le passage à la démocratie, et aussi de quelques difficultés qui empêchent la résolution de ces problèmes en accord avec les principes de l'état de droit, donne aussi une image, à peine contournée, sur la manière dont les magistrats mêmes et les autres autorités se rapportent à ces questions.

Mais quelle est la perception du corps social sur ces questions ?

Plusieurs réponses peuvent être données à cette question, parce-qu'il y a une perception différenciée en fonction de la nature de la question et ^{du} (segment social en tant que récepteur.

a) En premier lieu, la relativité des valeurs et des règles morales et juridiques détermine un type spécial d'adaptation par la création ou la réactualisation d'une série de coutumes, qui soit élude les règles écrites, soit leur apporte quelques améliorations seulement.

Le phénomène est connu sous le nom d'anomie et il montre la méfiance du destinataire de la règle juridique, soit par la solution offerte par la loi, soit par la possibilité d'obtenir aussi sa consécration juridique. L'état d'anomie est très dangereuse puisqu'il atomise les valeurs et les normes, en déterminant ainsi, d'une façon ou d'une autre, la désintégration sociale.

b) En second lieu, il y a une tendance de contestation de

l'autorité des magistrats, surtout de ceux qui étaient en fonction aussi pendant le communisme, une bonne partie du corps social n'ayant pas confiance dans l'indépendance et l'impartialité de la justice.

Cette tendance est justifiée aussi par la baisse de la qualité professionnelle de la magistrature, suite au fait que plusieurs procureurs et juges très compétents ont renoncé à leurs fonctions, soit pour devenir des avocats, soit pour travailler dans des différentes sociétés commerciales à capital privé.

La détérioration de l'image publique de la magistrature s'explique surtout par l'inefficacité ² prouvée à propos de la découverte et la punition des personnes coupables du déclenchement de la répression du décembre 1989 et celle du 13-15 juin 1990. Quoiqu'elle soit la cause de cette inefficacité - le manque de compétence ou du courage - la crédibilité de la magistrature a baissé sérieusement.

Même s'il n'y a pas de preuves concluantes, l'impression que le niveau de la corruption s'est accru aux rangs des magistrats est fréquemment exprimée par de différentes catégories de justiciables et se fait présente de plus en plus dans la presse écrite. Fondée ou non, cette impression apporte un préjudice plus grave au prestige que la justice devait avoir.

c) Troisièmement, dans les milieux sociaux assez larges persistent les mentalités collectivistes créées pendant le communisme et qui imposent la subordination du comportement individuel à la psychologie de groupe. Dans la mesure où ~~le~~ le magistrat est lié d'une quelconque manière à un groupe social, il apparaît normal que les membres du groupe social demandent au magistrat de leur défendre les intérêts dans sa sphère d'activité professionnelle. La plupart du temps, ce type de comporte-

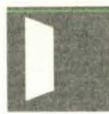
ment entre en conflit avec les principes de l'indépendance et de l'impartialité de la justice. Si le magistrat accorde une priorité à ces principes, il est possible que ses relations avec un certain groupe d'intérêts soient bloquées.

5. L'image du magistrat roumain soumis à une période de crise morale, que je viens d'esquisser, pourrait donner l'impression que le chemin de retour à la démocratie est parsemé d'obstacles insurmontables. Mais, depuis les années qui se sont écoulées de la disparition du système totalitaire jusqu'à présent, les quelques noyaux sains de la société civile qui ont survécu au communisme se sont élargis graduellement devenant un appui, même si fragile, pour l'optimisme de tous ceux qui comprennent que la démocratie est, tout d'abord, un édifice. La nouvelle Constitution et la législation adoptées après 1989, en dépit de leurs imperfections, contiennent les agents actifs (germes) des institutions démocratiques. Naturellement, pour se développer harmonieusement, toutes ces institutions ont besoin d'une certaine durée. Dans n'importe quelle construction, l'effort doit s'associer à la patience. Pour le processus démocratique qui vient de renaître en Roumanie, rien n'est plus dangereux que la désillusion. Aucun échec ne peut aboutir à la perte de l'espérance, tant ~~qu'il y a~~ ~~intact~~ que la conviction dans les valeurs de la démocratie reste intacte. La connaissance et la compréhension de la situation réelle de la magistrature en Roumanie, avec toutes ses tâches d'ombre, ne mènent pas au pessimisme. Au contraire, elles représentent la seule voie par laquelle cette profession peut regagner son haut prestige moral.

Pour accomplir ce but, la naissance d'une volonté ferme est très nécessaire ~~à~~ à l'intérieur même du corps de magistrats. La nouvelle Loi d'organisation ~~judiciaire~~ judiciaire offre un

instrument juridique qui, s'il sera bien utilisé, peut contribuer de manière décisive, à l'apparition de cette volonté. Dans le chapitre VII de cette loi, intitulé "La responsabilité disciplinaire des magistrats" sont prévues les sanctions et la procédure d'après laquelle elles vont être appliquées. Le Conseil Supérieur de la Magistrature, composé de 15 magistrats élus pour une durée de 4 ans, par la Chambre des Députés et le Sénat, en séance commune, peut être considéré, par ses attributions, comme une institution fondamentale, qui exprime l'indépendance de la justice. Réglementé par le chapitre V de la même loi, cet organisme propose au président de la Roumanie la nomination des juges et des procureurs, à l'exception des stagiaires; dispose à l'égard de la promotion, du transfert, de la suspension et de la déchéance des juges, fait valider les examens de capacité des magistrats, remplit le rôle de conseil de discipline des juges, donne des avis, à la demande du ministre de la justice, dans des problèmes concernant l'administration de la justice. Le Conseil Supérieur de la Magistrature a le pouvoir d'appliquer aux juges des sanctions disciplinaires, allant jusqu'à l'écartement du coupable de sa fonction. Les mêmes sanctions peuvent être appliquées aux procureurs par la Commission disciplinaire du Ministère Public, formée de 5 procureurs du Parquet Général appartenant à la Cour Suprême de Justice, élus pour une période de 4 ans, par les membres du Parquet. Il est vrai qu'à présent, par leur composante, Le Conseil Supérieur de la Magistrature et la Commission disciplinaire du Ministère Public éveillent des doutes en ce qui concerne leur fidélité à l'égard des valeurs démocratiques. Au-delà de ces doutes, fondés ou non, le fonctionnement prolongé des deux organismes est la meilleure prémisse pour assurer, de l'intérieur même du corps des magistrats, l'indépendance et l'honnêteté de cette profession.

Last but not least, L'Institut Nationale de Formation et de Perfectionnement des Magistrats peut assurer, toujours de l'intérieur du système, par la sélection de jeunes juges et procureurs, par le contenu pratique et théorique des plans d'enseignement, par la valeur humaine des professeurs, non seulement la compétence professionnelle, mais aussi la résurrection morale de la magistrature roumaine, longuement attendue. Voilà pourquoi le développement et la consolidation de cet institut, qui suit l'expérience de l'Ecole Nationale de ^{la} Magistrature de France, sans ignorer d'autres systèmes de formation initiale et permanente, ~~initiaux~~ doivent être appuyés tant par le Gouvernement et le Parlement de la Roumanie que par des institutions semblables ^{de} l'étranger.



**LA RESPONSABILITE DU JUGE DANS LE PROCESSUS
DE DEMOCRATISATION EN AFRIQUE**

**Amidou DIABATE
Ministre de la Justice**

COMMUNICATION PRESENTE PAR M° Amidou DIABATE

MINISTRE DE LA JUSTICE

LA RESPONSABILITE DU JUGE DANS LE PROCESSUS

DE DEMOCRATISATION EN AFRIQUE

INTRODUCTION :

Après l'effervescence de l'Indépendance, l'Afrique, dans son évolution politique, a connu des bouleversements qu'on peut valablement camper en deux phases : Le temps des coups d'Etat militaires avec pour conséquence première l'instauration de régimes monolithiques et dictatoriaux qui foulait au pied les concepts les plus élémentaires des Droits de l'Homme.

En fait quelques Etats ont pu échapper à ce système politique qui a constitué une véritable négation des efforts et des combats ayant permis l'accession à l'indépendance.

Depuis quelques années, l'Afrique évolue dans la seconde phase qui voit les peuples engager la lutte pour l'élargissement de l'espace de liberté et la reconnaissance de tous leurs droits de citoyen dans un Etat de Droit ; en un mot pour un système de démocratie libérale. Une telle mutation, qu'on peut qualifier sans

exagération de révolution, ne peut s'opérer sans grincements, sans heurts et, point ne sert de farder la vérité, sans erreurs à corriger.

En effet, le processus devant concrétiser l'Etat de Droit n'est point linéaire et l'apprentissage même de la démocratie par des hommes et des femmes bâillonnés pendant des décennies n'est pas aisé. Implanter donc l'Etat de Droit et le pérenniser interpellent les juristes africains et particulièrement l'applicateur du droit, le Juge. Dire que, dans un tel contexte, le Juge est interpellé devient un euphémisme si l'on sait que l'appareil judiciaire est socle de tout Etat de droit et que le nouveau paysage exige du Juge une nouvelle perception de ses fonctions : Juge d'une période transitoire, il doit faire montre d'une faculté d'adaptation exceptionnelle puisqu'il faut convenir avec le Doyen Maurice Aydalot, "c'est une situation inconfortable que d'être le Juge de la transition."

C'est pourquoi, je me réjouis du choix du thème : "La responsabilité du Juge dans l'édification de la démocratie en Afrique." et remercie les organisateurs de cette journée d'étude qui m'offre l'occasion d'en débattre largement.

De toute évidence, l'approche du thème implique un rappel historique afin de mieux cerner le Juge dans son milieu social et de dégager les contours de cette responsabilité.

I- RAPPEL HISTORIQUE

En Afrique tout comme dans nombreux pays à travers le monde, la fonction de Juge est sacralisée comme l'émanation du pouvoir divin. Dans la société traditionnelle africaine les jugements étaient rendus dans la Cour Royale, et les grands Empires, notamment en Afrique Occidentale, avaient les mêmes étiquettes, ce qui a fait dire à Madina LY TALL que "la Cour du Mali était, dans l'ensemble, le reflet d'une culture propre à l'Afrique Occidentale à cette époque...". Cette culture, riche en elle-même, n'a malheureusement pas connu, à une ou deux exceptions près, de support écrit. Ceci explique le manque de codification et la fluctuation des sentences selon les coutumes. Ceci explique aussi l'attachement de l'Africain à la coutume qui a toujours réglementé la société.

A l'époque de la colonisation, force a été de reconnaître cet aspect de la société africaine par l'insertion dans l'arsenal juridique occidental de textes relatifs à l'organisation de la justice indigène. Le Décret du 03 Décembre 1931 portant réorganisation de la justice indigène est demeuré applicable jusqu'à l'indépendance. Aujourd'hui encore, le règlement de certains litiges (successions) relève de la coutume.

L'on comprendra aisément que l'adoption des systèmes juridiques des anciennes métropoles par la plupart des Etats africains constitue une juxtaposition de concepts rendant davantage

laborieuse la fonction jugeante. A la vérité, si toute décision de justice tend à l'établissement de la quiétude sociale, la responsabilité première du Juge dans le processus de démocratisation en Afrique, réside dans la recherche d'un équilibre des rapports : Rapports Juge - justiciable, rapports justiciables entre eux - En clair, dans l'application du droit positif, le Juge ne doit pas faire abstraction d'une réalité :

L'exigence de doubler le Magistrat du pédagogue afin que la justice ne demeure pas étrangère aux justiciables.

L'ancien Garde des Sceaux français, Monsieur Peyrefitte, a écrit avec une certaine amertume que les Français connaissent mal leur justice. En Afrique, instituer donc des rapports nouveaux dans le prétoire à l'effet de faire accepter par les populations les mécanismes du droit occidental qui leur est appliqué devient impérieux. Cette nouvelle approche est d'autant plus nécessaire qu'aux premières heures de l'indépendance, les Leaders qui ont prôné le parti unique ont justifié leur politique par le risque de sclérose culturelle ; " La surimposition qui fait que les mécanismes juridiques et institutionnels des démocraties européennes sont difficiles à appliquer en Afrique." selon NKROUMAH. L'enjeu est donc de taille et d'un point de vue purement idéologique, la consolidation de la démocratie est à ce prix.

II. LES REFORMES INSTITUTIONNELLES

La mise en oeuvre d'un cadre institutionnel adéquat conditionne indiscutablement l'avancée de la démocratie et, en toute logique, la rupture avec le passé dans les Etats Africains ayant engagé le processus de DEMOCRATISATION, s'est concrétisée par l'adoption de nouvelles constitutions. En faisant ce détour essentiel qui nous permet de jeter un regard sur les normes juridiques articulées nous percevrons mieux les attributions du juge dans le nouveau contexte et partant sa RESPONSABILITE dans le processus de DEMOCRATISATION.

A cet égard, il convient de relever que nombre de Constituants sont allés dans le sens d'un retour au principe originel de la séparation des pouvoirs - Le concept de pouvoir judiciaire devient ainsi la manifestation de la volonté politique de faire véritablement de l'appareil judiciaire une donnée essentielle de l'optimum démocratique - Ainsi l'article 81 de la Constitution de la République du Mali : " le pouvoir judiciaire est indépendant des pouvoirs exécutif et législatif .

Il s'exerce par la Cour Suprême et les autres Cours et Tribunaux.

Le pouvoir judiciaire est gardien des libertés définies par la présente constitution.

Il veille au respect des droits et libertés définis par la

présente Constitution. Il est chargé d'appliquer dans le domaine qui lui est propre les lois de la République."

Porté sur les fonts baptismaux de façon formelle, l'appareil judiciaire est-il à même de remplir pleinement son rôle ? Je sais que la réplique viendra facilement du Droit public dont la théorie, "faire les lois et les faire exécuter sont les deux termes entre lesquels il n'y pas de place à prendre", guide ~~de~~ ^{certains} Etat, Occidentaux. Le Juge Africain doit tenter l'expérience ! Si le professeur Perrot "estime qu'il faut se résigner à ne plus parler d'un pouvoir judiciaire en raison de la difficulté de modifier les habitudes enracinées dans l'histoire", je demeure convaincu que l'Afrique, en raison de sa spécificité, forge un nouveau Droit ; Droit moulé dans sa culture propre et son ouverture à d'autres civilisations. Justement la RESPONSABILITE du Juge Africain s'en trouve accrue - De par les prérogatives qui lui sont conférées, le Juge se doit d'assurer l'effectivité de la volonté politique qui sous-tend les nouvelles constitutions.

La réalité est qu'au commencement de la démocratie occidentale était le principe de la séparation des pouvoirs - L'Afrique estime que c'est la case de départ et le Juge apportera sa pierre à l'édification de la démocratie en se plaçant dans cette logique. Comme ^{est} y parviendra-t-il ?

III - LE JUGE ET L'EDIFICATION DE LA DEMOCRATIE :

Mon insistance à faire des mises au point procède du souci de lever toute équivoque : Le langage peut trahir l'esprit et il convient de ne pas réduire l'intérêt du thème. De fait, il s'agit ici de mettre en exergue le rôle de la fonction jugeante dans un processus démocratique et non le rôle politique du juge dans un système démocratique, bien que cet aspect ne puisse être occulté. Envisager donc le rôle du juge dans l'édification de la démocratie revient avant tout à s'interroger sur sa marge de manoeuvre juridictionnelle réelle.

Ainsi se pose la problématique de l'indépendance du juge.

A. - Le Juge indépendant

De toute évidence, un juge ne peut valablement oeuvrer dans le sens d'une construction positive si ses décisions sont le reflet d'une certaine servilité. Gardien des libertés individuelles, le juge aliéné serait la négation même de la conception de la démocratie.

Dès lors, le juge doit s'assumer en dépit de la notion de service public de la justice qui le fonctionnarise inéluctablement. En définitive, la croyance du juge en son indépendance et le courage avec lequel il le manifeste sont plus productifs d'effets vivifiants pour la démocratie que n'importe quel formalisme. L'arbre ne saurait cacher la forêt = quel gouvernant n'est pas tenté, à un moment ou à un autre, d'asservir le juge ? En de tels

moments, l'insuffisance morale du juge peut être iconoclaste des constitutions élaborées. D'autant que dans les démocraties naissantes en Afrique, la responsabilité du juge s'amplifie face aux empoignades des partis politiques.

B. - Le Juge face aux enjeux politiques :

Il me plaît ici de souligner que le Mali ,après la chute de l'ancien régime, a élaboré une charte des Partis pour mieux asseoir sa démocratie sur des bases transparentes. L'article 13 de cette charte dispose: "Tout citoyen jouissant de ses droits civiques et politiques est libre d'adhérer au parti politique de son choix . Cependant ,en raison de leurs fonctions particulières, ne peuvent être militants d'aucun parti :

- Les membres de la Cour Suprême
- Les Magistrats..."

Ce cadre institutionnel est clair et vise à mettre le juge à l'abri des intrigues politiques. Serait - ce trop de dire cependant que le Juge bénéficie du droit au vote et que c'est là le premier écueil ?

Pourra - t-il taire sa propre sensibilité politique ou renoncer à ses convictions ?

En Angleterre, il semble que les magistrats s'abstiennent de voter à l'effet de marquer leur distance par rapport à l'arène politique.

Mais ce renoncement est-il apte à annihiler tout penchant, étant entendu que " les problèmes politiques sont les problèmes de tout le monde" ?

Le second écueil se résume à cette boutade de TACITE : " ce sont les despotes maladroits qui se servent des baïonnettes; l'art de la tyrannie est de faire la même chose avec des juges".

Cette boutade transposée dans le contexte actuel fait penser à un nouveau mode d'étranglement de la démocratie: " Le coup d'Etat par décision de justice". A cet égard la responsabilité du juge dans L'EDIFICATION de la démocratie est incommensurable .Il s'agit pour lui de faire en sorte que le droit ne capitule ni devant ses convictions politiques ni devant les calculs politiques des partis . Ce faisant; il aura pleinement honoré l'obligation de réserve exigée de lui et par là même atteint le stade de souveraineté absolue qui seule lui permet de sauvegarder les libertés individuelles.

C. - Le Juge et les libertés individuelles

Il est indéniable que la garantie des libertés constitue la pierre angulaire de toute démocratie. A cet égard les alinéas 2 et 3 de l'article 10 de la constitution du Mali sont sans équivoque: " Nul ne peut être détenu pendant une durée supérieure à quarante huit heures que par décision motivée d'un Magistrat de l'ordre judiciaire. Nul ne peut être détenu dans un établissement pénitentiaire que sur mandat délivré par un Magistrat de l'ordre judiciaire" .

Ces prérogatives du juge lui imposent une mission de contrôle des mesures privatives de liberté puisqu'il a seul qualité pour fixer les peines d'emprisonnement.

Par ailleurs les recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif assurent la protection du citoyen contre les pratiques contraignantes d'un pouvoir central en mal d'adaptation. Enfin, il faut tout simplement espérer que les juges des Hautes Cours africaines oseront, à l'instar de la Cour de Cassation Française, admettre le contrôle des lois nationales par rapport aux traités internationaux par les juridictions ordinaires. Point besoin d'épiloguer sur l'importance d'une telle jurisprudence pour les démocraties naissantes, notamment en ce qui concerne les Droits de l'Homme. Il suffit de relever seulement qu'elle constitue en elle-même la sanction interne infligée à un Etat qui viole un traité international auquel il a librement souscrit.

D. - Le Juge et le suffrage :

La pratique d'une véritable démocratie ne peut se concevoir sans l'expression du suffrage et force est de reconnaître, après une courte expérience, que le déroulement des opérations de vote a toujours dégénéré par des comportements prohibitifs: La dénaturation des listes électorales et d'autres cas de fraude ont dangereusement compromis la crédibilité des Etats. Aussi la RESPONSABILITE du Juge, face à la sauvegarde d'un suffrage serein et probe, est entièrement engagée.

Au Mali, la constitution a prévu une Cour Constitutionnelle dont relève le contentieux électoral. L'originalité de cette Cour tient en premier lieu à son autonomie. En effet, depuis l'indépendance, une section constitutionnelle vegeait au sein de la Cour Suprême du fait de sa saisine sporadique par un parti-Etat

qui s'embarrassait rarement d'une approbation juridique.

En second lieu, dans un contexte multipartite, l'originalité de la Cour Constitutionnelle se manifeste par le règlement judiciaire des litiges d'essence politique. L'équilibre entre les partis peut être ainsi assuré par la neutralité du juge. Perçue sous cet angle, la responsabilité du juge dans la réussite du jeu démocratique ne saurait bénéficier d'atténuation. Il y a là une rationalité de but qui exige du juge une vision large de ses fonctions. Des réserves objectives peuvent être faites sur le mode de désignation des membres de la Cours Constitutionnelle: Neuf membres dont trois désignés par le Président de la République, trois par le Président de l'Assemblée Nationale et trois par le Conseil Supérieur de la Magistrature.

La pratique nous révélera si les critères de choix sont uniquement fondés sur la compétence et l'intégrité et non sur l'appartenance politique. Par ailleurs, le rôle du juge de l'ordre judiciaire est prépondérant en certaines phases.

En effet ,les recours contre les décisions relatives à l'inscription sur la liste électorale sont exercés devant le Juge Civil.

En outre , les différentes infractions, (fraude, obstruction de l'entrée d'un bureau de vote, troubles du scrutin) sont portées devant le Juge Pénal. La mise en oeuvre objective de cet arsenal permet au Juge la régulation des opérations . Il est intéressant d'indiquer que les partis politiques ,qui ont vocation à concourir à l'expression du suffrage, sont susceptibles de dissolution

judiciaire en cas "d'atteinte à la souveraineté nationale , a l'intégrité du territoire ou à la démocratie " (articles 44 et suivants de la charte des Partis).

J'ai tenté, dans ce bref exposé, d'appréhender le rôle du Juge dans l'édification de la démocratie en Afrique. Certes le tableau présenté n'est pas exhaustif et de toute évidence il y a des aspérités à niveler. Mon ambition, en fait, est de susciter de fructueux débats dans une logique transformatrice des acquis.

Il est évident que le processus d'instauration de la démocratie participe d'une contrainte permanente de réflexion sur les orientations futures : Construire une société nouvelle fondée sur les idéaux de justice et de liberté confirme davantage le sacerdoce du Juge qui doit désormais s'impliquer dans la recherche d'une méthode analytique de la réalité sociale - Le Juge Africain, devenu Juge de transition, doit se convaincre de la noblesse de cette mission. En tout cas, l'importance de l'enjeu ne lui offre , à mon avis ,d'autre alternative.

Je vous remercie.



THE ART OF AVOIDING CIVIL LITIGATION
COMPARING LEGAL CULTURES IN THE NETHERLANDS
AND WEST-GERMANY

Erhard BLANKENBOURG

Erhard Blankenburg (Amsterdam)

THE ART OF AVOIDING CIVIL LITIGATION-
COMPARING LEGAL CULTURES
IN THE
NETHERLANDS AND WEST-GERMANY

Summary

Comparative law research has a long tradition of analyzing the different ways by which legal systems have regulated functionally similar problems. It has arrived at a classification of "families" of legal systems partly based on substantive, partly on procedural law issues. Unfortunately, it is rather arbitrary which criteria such classification is based on: if Continental European law is compared to Anglo-American traditions, formal and procedural aspects such as the "inquisitorial" versus the "adversary" style of procedures are mostly taken as a token of differentiation. If the comparison is restricted to systems of European Continental law, substantive law issues usually take the lead in identifying "kinship" and "family". This may result from the assumption that in procedural law we would not find much relevant difference among the European legal systems. Relating to the law in the procedural codes this seems true indeed; between the two legal systems which we are comparing here: those of the Netherlands and of the Federal Republic of Germany there are many communalities in the way civil and penal courts and procedures are regulated. Comparing actual litigation behavior, however, there is a clear difference between the two: West Germany ranking highest in terms of frequency of litigation, the Netherlands ranking at the other end with the lowest litigation frequencies on the European continent. Consequently, the number of judges and of practising lawyers is very small in the Netherlands. The puzzle of how a highly regulated modern welfare state can manage with such a small body of legal institutions is increased by the fact that the Netherlands developed the most elaborate legal aid system on the European continent.

The social similarities together with the communalities of the Dutch and German legal systems provide an ideal set-up for a socio-legal comparison. The differences found cannot be explained in terms of the codified law nor in terms purely of the mentality of legal actors, but rather by summing up the interrelationships of institutional factors which here are called "legal culture".

1. Comparing Legal Cultures

The legal histories of The Netherlands and of West-Germany have many experiences in common. In the nineteenth century German codification as well as Roman Dutch law got their impulses from the French Code Civile after having undergone judicial and administrative reforms under and immediately after Napoleonic occupation. The French influence in both cultures superseded a practice of rather decentralized local legal cultures. These established many communalities among the northern German states and the Low Countries which among Dutch legal scholars were seen as "the traditional" versus the French codifications. Transferrals went on throughout the age of the national codifications which came to the Netherlands somewhat earlier than to the German Reich. But cultural and legal communalities were strong enough for Dutch legal scholars to continue orienting themselves to German scholarship as far as dogmatic refinements are concerned. Many Dutch judicial institutions form a compromise between the French and the German tradition: all of them have a two tier jurisdiction of civil courts of first instance. They provide the civil litigant with two courts of first instance, the local courts handling small claims up to a set value at stake as well as all matters of tenant law, and in Germany of family matters; district courts handling matters with higher value at stake and in the Netherlands all family matters. Even the German occupation of 1941 to 1945 contributed to lasting similarities of the two legal systems in the form of a summary dunning procedure for debt enforcement which only by explicit protests of the debtor will be proceeded to a lawsuit in court.)

To each of the two first instance courts, there is an appeal instance which treats cases de novo, and the uniformity of decisions on legal issues is to be guarded by a High Court of appeals treating cases exclusively on their legal merits ('Bundesgerichtshof', 'Hoge Raad').

HERE SCHEME 1

Any similarities of the two legal systems, however, hold up only if we compare the law as it is in the books. Dutch scholars as well as legislators have always been looking to the legal doctrines of the bigger neighboring countries before drafting their statutes. The practitioners in courts and in the advocacy have not. With a very similar legal system in the books, they have developed amazingly different legal cultures in action. Apparently the gap between doctrine and practice is so great that even comparativists who have studied the differences and the similarities of both systems in detail have been surprised by most of the differences which are unveiled by looking at frequency indicators.

Substantive law, and even procedural codes might be alike from one country to the next, but they are bad predictors as to how the law is handled. Indicator comparisons lead us not to restrict comparative law to the analysis of legal systems but to extend it to "cultures of legal behavior". The term 'legal system' usually applies to only those characteristics which make up the positive law, no matter how much of it is effectively implemented or not. If however we look at "legal culture" we include indicators of the actual use and implementation of law. Legal behavior is not to be predicted on the basis of the rules of the legal system alone, but only on the basis of rules plus information on social factors determining when, how far and by whom those rules are being implemented. These interrelationships of behavior patterns with the rules of the legal system we call 'legal culture'.¹

¹ *In contrast to many authors who use the term for anything about law which is not in the law but rather in the attitudes and expectations about law either by "the people" in general (cp. Friedman 1975) or by the legal profession in particular (cp. Kennedy 19..). For explaining the differences of litigation patterns in our comparison such use of the term would miss the point: not attitudes alone but rather the interrelationship of law, institutions and behavior patterns*

2. Indicators of Legal Culture

How much 'legal cultures' differ can be measured by relating behavioral indicators such as size and personnel of judicial staff and litigation frequencies to features of the legal system. We apply the term 'culture' to the set of all interrelationships of three levels: that of substantive law and procedural codes, that of the institutions such as the courts and the legal profession and finally the level of legal behavior and attitudes towards the law. Each of these levels might form a complex pattern of itself, but only the relationship of all of them can lead to a comparison of 'legal cultures'. It should be evident that comparing them is a much more ambitious undertaking than the comparison of 'legal systems' which is devoted mainly to understanding the differences of law as far as it is in the books. In looking at litigation frequencies we try to approach 'cultures of law' from an opposite angle than comparativists usually do: in gathering indicators on litigation, courts and lawyers we try to discover different characteristics of legal action.

No comparative law study has so far pointed at the differences in volume which we uncovered by comparing indicators of personnel or of litigation behavior.² To compare the most obvious: in Northrhine-Westphalia at the end of 1984 there were 12,500 lawyers admitted to the Bar, in the Netherlands only 4.800; in Northrhine-Westphalia about 4.700 full-time judges were employed and in the Netherlands 762. Computed as rates relative to population size this means that there are 73 lawyers and 28 judges for every 100.000 of the population in West Germany compared to only 33 lawyers and mere 5 judges in the Netherlands.

explains the data which we found.

² Cp however Earl Johnson, 1974 *U of Southern California*

Table 1

Registered attorneys and judges per 100.000 of the population (1970-1990)

	judges ³			advocates ⁴		
	1970	1980	1990	1970	1980	1990
Netherlands , abs. rate per 100.000 pop.		1.230 8		2.063 16	3.600 26	6.381 43
West-Germany, abs. rate per 100.000 pop.	12.954 20	16.657 27	17.392 29	23.798 36	37.312 60	59.446 94

The differences in size of the legal profession correspond to those on litigation. Whichever type of law suits we look at, there is a considerably lower level of litigation in the Netherlands compared to West-Germany. (Statistics here are taken from only one of the German Länder (states), but

³ *The number of judges in the Netherlands is statistically difficult to determine, because there are numerous part-time judges; we here give a computation of full-time equivalents for 1984. Functionally equivalent to German judges would partly be legally trained secretaries ('griffiers') who assist professional judges in preparing their cases to a degree which in Germany would be considered professional work. As they do not take responsibility for decisions, however, they are not included in our figure.*

⁴ *The functional equivalents of how strict the lines of the profession are drawn differ somewhat: about one third of registered advocates in Germany hardly do any court work; in the Netherlands our estimate is about 10%. On the other hand, German advocates enjoy a monopoly for legal advice, while in the Netherlands a number of membership associations, legal cost insurance and legal aid offices render legal services.*

as far as average rates per head of the population go, the rest of the Federal Republic does not differ from them in any way.) In West-Germany courts were invoked twenty-five times more often for summary procedures of debt enforcement and two and a half times more often for civil procedures than in the Netherlands. In penal matters, on the other hand, Dutch courts have a higher caseload than the German ones, even though their police statistics show lower crime rates than those of Northrhine-Westphalia. Administrative litigation again is less frequent in the Netherlands, even though Dutch welfare statutes and economic regulations are generally assumed to exert a more elaborate social control in the Netherlands than in West-Germany.

TABLE 2

Litigation rates (first instance)

	Netherlands			West-Germany		
	1970	1980	1990	1970	1980	1989
civil courts	109.025	146.645	228.480	1.206.750	1.671.089	1.948.151
rate per 100.000 p	779	1.410	1.550	2.010	2.770	3.120
labour courts	*	*	(9.471) ⁵	201.166	302.602	325.969
rate per 100.000 pop.				335	503	520

* NL no labour courts, cases in civil courts

Source: National judicial statistics, population statistics

For anyone who would like to use litigation frequencies as indicators for the degree of regulation which prevails in a society, our Dutch - German comparison must be a puzzle. The Netherlands are known for their elaborate welfare state, they developed detailed regulations on housing and town planning, they enacted statutory rules for tenants protection, labor protection and consumer protection - in summary they are rightly considered as a highly regulated political, social and economic system. As a rule, we would expect a large profession of legally trained personnel and a high volume of formal litigation as a result thereof, in public law as well as in private law. And indeed: within the Dutch legal community, the impression prevails that 1111s

⁵ There are no special labor courts in The Netherlands, however, in dismissal cases there is a special procedure which since the late 1980s is first registered separately in the judicial statistics. Until then the volume of cases seemed too insignificant to register nationally.

litigation is on an ever increasing growth trend. However, our data on the legal profession as well as on litigation show that among the European countries which we can compare, the Netherlands still ranks lowest in size of the advocacy, the judiciary and the caseloads of civil courts. While the number of lawyers and the flood of litigation rise in all countries, they do so at distinct and long term stable levels of litigation frequency.

3. Conflict potential and frequency of litigation

The riddle of litigation frequencies could hardly be presented more sharply than by taking our two countries which also on social and economic grounds are very much alike. To keep social and economic factors constant and render the differences of legal culture even more convincing we compared The Netherlands and its neighbouring German state Northrhine-Westphalia. They are similar in size: the Netherlands with 14.5 million population and a land area of 35,500 sq. kilometers almost matches that of Northrhine-Westphalia with 17 million inhabitants and 34,000 sq. kilometers. Both countries are known for their highly industrial, but at the same time decentralized metropolitan areas (the 'Randstad' with Amsterdam, Rotterdam and Th Hague in the Netherlands and the Rhein-Ruhr area in Northrhine- Westphalia). Both comprise of thinly populated, agricultural regions around the metropolitan areas. Both countries have seen an influx of foreign workers in the last 20 years, the Netherlands from its former colonies as well as the Mediterranean, the Ruhr area mainly from the Mediterranean. Economically the two are symbiotic. Rotterdam being the port of sea for the heavy industry of the Ruhr area there are numerous ties of trade and multinational entrepreneurship. Consequently, if the Ruhr industry experiences a recession (as has been the case in the recent past), unemployment figures in the Netherlands go up.

The social and economic similarities make it easier to test the most plausible hypothesis which comes to the mind when observing such different patterns of mobilizing courts as we have seen in our case: might it be that the occurrence of those conflicts which can possibly give rise to litigation are vastly different in the two countries? In order to test that hypothesis, we have been looking for indicators of the baselines of social conflicts which potentially might lead to invoking the courts. Evidently, such baselines have to be gained by specific areas of law: divorce rates may serve as indicator in family law, traffic accidents in tort law, the rate of dismissals in labor

law and the percentage of rented houses versus home ownership for real estate conflicts on the one, landlord-tenant cases on the other hand. Lacking better indicators, we also resort to relating litigation figures to population in some cases. This results in computing rates of involvement of courts in similar, potentially litigious social relationships.

The usual difficulty of comparing litigation rates and similar legal indicators between countries is that we do not know enough about the 'baseline' of all conflicts which might potentially lead to invoking lawyers and courts. As we know, cases filed in court represent only a small fraction of all those which would potentially be legal conflicts. Computing litigation rates by relating them to the size of population seems a very crude basis for comparison (taking only the adult population would be even more crude and for many types of cases no more adequate). We would have to know how many serious accidents people suffered in traffic as well as other forms, in order to evaluate the relative litigiousness of tort regulation in a legal culture; we would have to know the baseline of all dismissals in order to evaluate the litigiousness of employment protection and we would have to know something about numbers of credits given and predominant modes of paying in sales and service contracts in order to assess the level of debt enforcement. The problems of obtaining sufficient statistical data for baseline comparisons renders most social-cultural comparisons between more distant countries unfeasible. The Netherlands, however, and the German neighbouring state of Northrhine-Westphalia are so much alike in size, economy, social structure and mentality of the population, that in general we might assume that the baseline of conflicts which potentially give rise to litigation are about equal. Nevertheless, wherever we could obtain indicators for baseline comparisons we did so.

We started by breaking down overall litigation figures by basic areas of social relations and their respective legal regulation. Not only the jurisdictional differences, but also the varying scale of the differences in litigation frequencies from one area of regulation to the next render it nonsensical to compare rates of civil or penal litigation without any specification. The main factors which determine the selectivity among all potential conflicts are specific to the respective areas: such as the degree to which mediating institutions provide a filter of pre-court dispute resolution, or the degree to which advocates and legal aid facilities access or provide out of court alternatives. A number of areas of social relations and legal regulations are characterized by specific institutional infrastructures: the most apparent of these being labor relations where courts cannot function independent of industrial relations set-ups, trade-unions and

employers' associations. Divorce and especially post-divorce conflicts might be handled by social administration and by family counselors rather than lawyers. Landlord-tenant relations are highly sensitive to the amount of public housing administration and rent control; consumer complaints depend on representative action by consumer boards; and the number of tort cases before courts depends on the amount of discretion which insurances apply in regulating claims.

We tried to differentiate the institutional conditions which mitigate conflicts before they might become litigious by breaking conflict areas down into very specialized 'fields of law'. We stopped short of further specialization whenever we had the impression that a more crude differentiation would provide us with a sufficient explanation of major statistical differences, leaving more refined and detailed comparisons to specialized research (which should in our opinion also include more refined comparative law analysis). Our comparison can direct attention only to the gross differences in the level of litigiousness and to their overall legal cultural explanation. It gives ample suggestions for more specialised research on 'fields of law' and on 'semi-autonomous fields' of social relations..

4. The civil litigation filter

There is no off-hand explanation why the Germans should produce one of the highest rates of civil litigation on the European continent and the neighboring Dutch by far the smallest. The most readily available factor to be named would be some vague notion of greater "litigiousness" in the mentality of the Germans as compared to the Dutch - however, first hand impressions in both countries would not suggest such a hypothesis; if the folklore were comparing people from the Rhineland and Westphalia to their immediate Dutch neighbors, intuitive knowledge would rather suggest them both to differ from Bavarians or Prussians rather than from each other. The fact is that within both countries we find remarkable urban-rural differences in the level of litigation, but keeping those constant we find no further differences from one region to the other. Much more plausible, therefore, would be hypotheses about economic and social variables which might be litigation prone: economic activity in general has been shown to be related to the use of courts; job mobility and divorce rates might be suspected to contribute to the use of courts; and certainly in Western Europe the level of welfare

provisions will be a factor: the more elaborate the system of collective insurances, the less individual claims have to be raised in courts. However, with respect to any of these factors which in general can explain the frequency of civil litigation, the two countries which we compare are remarkably similar.

What else could explain the observed differences in litigation, if neither the law in the books nor demand factors of litigiousness nor social and economic conditions provide an off-hand explanation? We shall have to look at the **supply side of the legal culture**: the conditions of access to lawyers and courts, the institutions which handle litigation and possible "alternative" institutions which might help to avoid it. The supply side of the legal culture consists of sets of institutional arrangements and patterns of professional interaction which apparently escape the attention of academic comparative lawyers because they are nowhere laid down in writing. Nevertheless, these patterns of interaction provide an explanation of our riddle: legal culture includes sets of institutions which remain "in the shadow" of the legal system, because they help to avoid procedures rather than to invoke them.

Table 3 Litigation rates per 100.000 population for selected conflict areas (1982/4)

	The Netherlands	WestGermany
Summary debt enforcement	705	9.118
Debt enforcement litigation	650	1.570
Landlord-tenant disputes	200	458
Traffic tort	15	247
Labour law cases	69	586

Source: Prozeßflut (1989)⁶

There is no single explanation for the remarkable differences in the litigation rates of both countries. Social and economic similarities, in any case, would let us expect an equally high

⁶ All data are taken from court file studies; in Germany statistics of Northrhine-Westphalia; the volume in those years is equally high all over the Federal Republic and may therefore be generalized. Cp.our comparative report on litigation in five European countries together with J. Verwoerd, *Prozeßflut? Köln (Bundesanzeiger Verlag) 1989, p.257-329*

volume of legal problems to be solved. Substantive regulation in both countries also shows more resemblance than difference. Even procedural law and the organization of courts differ only slightly. And as for 'legal consciousness' factors such as the willingness of people to risk an open conflict; we do not see any difference in general attitudes between the Dutch and their WestGerman neighbours which could explain the observed differences in litigation proneness.

The explanation rather lies in the infrastructure (and attitudes) of the legal profession. There are a number of rather detailed statutory differences as to how attorney's fees are regulated: German attorneys follow a strict fee scheme and they can rely on the rule that 'the loser pays all costs'; while in the Netherlands hourly fees are billed which renders litigation for small amounts unattractive and the costs in general somewhat unpredictable. This makes a Dutch litigant as well as Dutch lawyers seek more carefully for 'alternatives' before starting a formal court procedure.

Furthermore, the German Bar enjoys a monopoly for giving legal advice which in the Netherlands is free for anybody. This gives rise to a number of Dutch membership organizations (such as trade unions, automobile clubs or consumer groups) to render legal advice. It also permits public legal aid bureaux to work on a subsidy scheme entitling about half of the Dutch population to free legal advice. All of these advisors may represent their clients in lower courts; attorney representation is required only before district courts which are competent for civil law cases involving higher stakes (currently at a value above 5.000.- hfl) and divorce.

One might expect such free access to legal aid to stimulate litigation, and in fact the subsidy scheme is being criticised along these lines by welfare state opponents. The comparative evidence, however, suggests, that the free competition of legal services helps to avoid some types of litigation as much as it stimulates others.

Which types of cases are stimulated, and which are avoided thanks to the Dutch infrastructure of access to the courts has to be sought out in each area of law separately. As a rule, we find institutions which facilitate judicial remedies side by side with 'alternatives' to avoid formal procedures. Avoidance is part of the art and advice of attorneys in Germany as well as in the Netherlands; only does Dutch legal culture offer more 'alternatives' and more pre-court conflict institutions than the German one. The final volume of litigation is to be explained by the specific mixture of facilitation and avoidance which varies according to the kind of problem and the social relationship involved in the underlying conflict.

- Debt collection is the single quantitatively most prevalent issue in civil courts of both countries. Both legal systems offer a summary procedure (the Dutch 'betalingsbevel' is taken over from the German 'Mahnverfahren' during the occupation of 1941). It allows the creditor to file a summation without presenting more evidence than a contract and a statement that payment is overdue. Court clerks under (formal) supervision of a judge screen the forms for correctness and issue a summons. If the debtor contradicts, a formal litigation procedure may be entered; if not, the payment can be enforced with the help of a bailiff.

Our table shows that summary debt collection is used on a massive scale in WestGermany, but rather modestly in The Netherlands. The same holds true for the follow-up: little more than 10% of the summons are protested and subsequently litigated in court, thus a considerable part (about one third) of the difference in general civil litigation is caused by less debt claims reaching the litigation stage in Dutch compared to German courts.

The lesson to be drawn from here is even more illuminating, if going back a few years in procedural history. Before 1984, when Dutch court fees were raised, summary debt enforcement was used somewhat more frequently; since then privately operating bailiffs refuse to use the summary court procedure altogether maintaining that they can enforce small debts quicker and more cheaply on their own authority. At the same time, frequent users of debt enforcement increased their efforts to eliminate bad debtors from their delivery lists and to automate their own reminders and subtle threats by increasing the costs of late payment. Computer technology helped even small companies, craftsmen or doctors to organize the early stages of debt enforcement in house.

To ascribe the downward trend of summary debt enforcement in the Netherlands to the raise in court fees alone, would be overestimating the effect of litigation costs as a single factor. In contrast to their German counterparts, Dutch bailiffs do not need a court issued title to act on behalf of the creditor, they enjoy the professional privilege of judging the legal validity of a claim on their own. Asking for a summons by court is only one of their means among others while for the German bailiffs it is a precondition of action. Therefore Dutch bailiffs have never used the court summons as frequently as the Germans, they rather see the possibility of free access to that procedure as a competition to their own services. They argue that their own professional standards not only provide the debtors with sufficient guarantee of due process, but that they can also negotiate terms of payment far better in direct contact with the debtors than

a court which issues its summons in absence of the parties and, if it decides in adversary procedures against debtors, it does this mostly by default. Recently they even achieved legislative success with their argumentation: the latest amendment to the Dutch procedural code will do away with the 'betalingsbevel' from 1992 on; European harmonization of civil procedural codes, however, will force them to re-introduce a similar procedure in the near future.

It is easy to predict the consequences of a European regulation: if summary procedures function effectively, they offer easy access and quick decisions; in a small number of cases they also lead the way to full fledged litigation by mere contradiction to the summons. The more courts offer such quick and easy access, the more they will also be used for subsequent adversary litigation. The higher they set the threshold of access, the more they will stimulate out-of-court alternatives; and the more these are professionally regulated, the better they can guarantee standards of due process comparable to those of courts of justice.

- Looking at the other side of trade and service relationships, we see that consumer complaints are almost everywhere treated by informal institutions first. They meet with the principal dilemma of public interests that each individual case might be too trivial to risk litigation costs while collectively they would be of great significance for everybody. Controlling product standards, sales practises and fair pricing are a task for organized interest representation using information and consultation towards the consumers; handling complaints, lobbying and occasionally litigating towards producers and distributors. In both the Netherlands and WestGermany consumer associations were initially organized by trade unions partly subsidized by public funds and they are aided by publicity in the mass media. They set up complaint boards for industries with specific troubles (such as for travel agencies, cleaners, the textile industry or car repair shops) jointly with the respective industries. Pre-court institutions take up almost the entire bulk of such cases. While these organizations ease the access for small claims, they at the same time filter a few more serious cases and occasionally take a test case before court. Again: both countries show the same institutional pattern in principle, but the Dutch consumer organizations are relatively more active, better funded and handle a higher case load. In this case, however, there is no argument that they prevent the same complaints to otherwise be litigated. Consumer complaints usually are not worth fighting individually in court. More likely, there will be (relatively) less test cases in German courts, simply because the basis of collective

interest representation is weaker. The lesson is: out of court fora for consumers are no 'alternative' to otherwise litigating, they rather provide the only basis presenting the collective interest, including occasionally seeking access to courts.

- Rather frequent consumer problems where big stakes are at issue arise in the construction industry. Problems between builders and contractors are inherent in the long duration and complexity of the job: contractors have to work with a number of subcontract firms which may be hard to coordinate; time schedules are regularly neglected; materials may not be delivered in time and have to be replaced; to changing conditions and new wishes force to adapt the contract; thus renegotiating is the rule. In the end the most beautiful construction will still entail dissatisfactions which the client expresses by withholding part of the price. The saying is: "Take a lawyer before you build a house" - and indeed, legal cost insurers in Germany refuse to cover risks arising from construction work because they fear people might buy the insurance because they anticipate the certainty of risks. (They do not refuse clients who buy a car or engage in a marriage, however.)

In German civil courts, construction conflicts are among the most cumbersome proceedings: the court has to reconvene more often than in any other kind of procedure, evidence has to be taken more often, frequently expert witnesses have to be called in, so that the duration is the longest of all kinds of civil procedures; in the end there are also more appeals than on the average⁷.

In the Netherlands construction contractors hardly ever see the courtrooms. Contractors always include in their standard contracts that conflicts will be heard by the 'Council for construction firms' (Raad voor de Bouwbedrijven at Den Haag), an arbitration service set up by the industry. Parties may choose an arbiter among the architects and ingeneers of the council, a law trained secretary guards the procedural fairness. The arbiters decide in first and last instance; their decisions can be executed formally if registered with the president of a district court. A monthly journal 'Bouwrecht' publishes all novel decisions and is used as reference like an exhaustive compilation of case law.

- Similar regulations exist in a number of industrial sectors. Most national arbitration boards

⁷ All data taken from our court file study on the basis of Baumgärtel's data: Bundesrechtsanwaltskammer (Hrg.), *Strukturanalyse der Zivilgerichtsbarkeit*, Tübingen (J.C.B.Mohr) 1974 vol 2 tables 3.20 ff

have their seat in Rotterdam; they usually provide industrial experts as arbiters. A statutory arbitration code ('Arbitragewet', book 4,1 of the civil procedural code of 2.7.1986) regulates the procedure. It opens a possibility of appeal to the civil courts, if the procedural code is not followed; substantive appeal is possible only, if parties have agreed upon its admission beforehand. Publication of decisions is not mandatory, but is often suggested in order to build up a body of precedents. The bi-monthly 'Tijdschrift voor Arbitrage' publishes all decisions which seem of principal relevance to them. In the course of time they have successfully built up their 'code of arbitration' which is generally considered as a binding source of law.

- Returning to cases which have the potential of appearing in civil courts a sizable volume is provided by landlord-tenant disputes. Contrary to the expectation that rental law is foremost designed to protect tenants interests, they are mostly initiated by the economically stronger part: the houseowner, claiming unpaid rent and often asking for eviction of the tenant. More often than in consumer cases the tenants mount counter-claims for maintenance or protest rent raises, in a minority of cases they are the ones who initiate the procedure. In both countries tenants organizations represent the collective interest and provide legal aid to their members. They usually provide conciliation in commissions together with the houseowner associations. In the Netherlands, however, these commissions are given official pre-court status. Before being admitted in court with a charge against raising the rent, a Dutch tenant has to put the claim before a landlord-tenant commission. The procedure before the commission leads to an advice, the data gathered by it may serve as evidence in court. If the advice is not challenged by either party within two months, it becomes binding. The Dutch commissions handle many more complaints (1982: 137.500) than their voluntary counterparts or even the courts in WestGermany; only about 1% of them are taken to court after the commission has given its advice. Again: the supply of informal procedures before the commissions eases access for tenants to claim, at the same time it effectively filters away tenants' complaints which in WestGermany lead to litigation in court.

- Employment protection provides a similar lesson. Employers in the Netherlands need a license from the local labour bureau, if they want to dismiss an employee unless for reasons of apparent malfunctioning. The procedure before the labour exchange bureau gives the employee a chance to protest, very often the terms of the dismissal are being reconsidered. The dismissal is

effective only, after the license has been given. Compared to ex-post procedures before German labour courts, this has advantages for both sides: when the license is given, the employer does not have to fear extensive ex-post claims on the basis of unfair dismissal (which often are raised in German labour courts), and the labour side had a chance to object and question the validity of redundancy or dismissal arguments.

The administrative procedure saves the Dutch from installing labour courts such as exist in Germany and most other European countries. While there is no appeal against the commission's decision in the strict sense, parties can resort to civil courts. Like in other countries in labour court this is mostly done for challenging a dismissal ex post, especially by those who fall out of the licensing regulation (like short term contract workers, dismissals for misconduct). Few claimants do this, so that the judges have to handle less than 10% of the comparable case load of their German colleagues.

- The regulation of traffic accident damages may round up the examples. In both countries most accidents are routinely handled out of court. Besides cases where the amount of damages is in question, traffic tort comes down to a distribution conflict among different insurance companies. Insurance companies have every interest in keeping conflicts down, their speakers emphasize that an estimated 95% of all German traffic accidents are regulated by insurance agents without attorneys or courts involved, "only" about 2% lead to litigation in court. The same insurance companies when operating in the Netherlands, however, involve an attorney in less than 1%, the litigation rate of all traffic accident damages ranges around 0.2%. On the other hand, the volume of these tiny fractions is sizable enough to account for 10% of the caseloads in German civil courts and less than 1% in Dutch courts.

In this case the difference cannot be explained by a single 'alternative' institution. It is rather the result of an institutional cluster consisting of at least the following elements: liability insurance in both countries is often sold together with a legal cost insurance. The insurance companies operating in Germany pay all attorney costs in case of consultation as well as conciliation or litigation; the same companies in the Netherlands, however, run their own legal consultation service (which in Germany would be outlawed according to the 'Rechtsberatungsgesetz'); and while German attorneys point at research showing that 70% of all traffic accidents in their files are settled out of court, the Dutch legal insurance regulators reach a settlement in between 96% and 98% of all conflicts (which - it should be remembered - are

only a fraction of all accident damages). Furthermore, expert assessment of damages is routinely initiated in the Netherlands before repair works have started, while the German regulation relies mostly on the carshop which does the work; on the other hand assessment of fault in Germany is often done by experts who are invoked by attorneys as well as by courts; in the Netherlands police reports are more easily accessible and usually relied upon by both sides. Altogether, the Dutch practice is clearly more geared at avoiding conflict, while the German infrastructure of attorneys, experts and even legal insurance companies (after all: more Germans buy legal cost insurances, because everybody runs a higher risk of legal conflicts incurring) have a common interest in holding up their rather costly system of handling (and even encouraging) conflicts.

Finally, a comment should be added about 'alternatives within court procedures'. Divorce procedures in both countries illustrate their relevance: both WestGermany and The Netherlands require a court decision to dissolve a marriage⁸. Dutch family law, however, allows for decisions by default, if both parties agree and no children are involved. About one third of all divorce procedures are decided this way, reducing the role of the judge to that of a notary. Attorneys may suggest and prepare such a 'do-it-yourself' divorce, but so may 'divorce consultation bureaux' which have been set up experimentally by social workers, psychologists together with law trained colleagues. Initially subsidized by the Department of Justice, they met with resistance by the organized Bar. Enjoying a monopoly of representation in district courts (where divorce has to be filed), they had the stronger cards. Nevertheless, divorce attorneys also met the competition by setting up their own divorce mediation, sustained by the Bar which is offering training in settlement skills especially geared at divorce consultation. If ever the legislator would levy the attorneys' privilege of representation in first instance (or even allow for divorce before a notary), it is safe to predict that divorce litigation would largely become 'privatized'.

⁸ *The higher divorce frequencies in Germany in table I are most likely due to a difference in court registration: it often occurs that a procedure has to 'rest' for some time before the parties actively pursue it. In Germany this may lead to registration of a new procedure, in The Netherlands it may be continued under the same file number. To the extent that this explains the difference, it would simply be technical.*

5. The infrastructure of access to and avoidance of courts

Civil litigation is said⁹ be like a "market" because parties have to invoke the court themselves and also the course of the proceedings largely rests with actions of both parties. Welfare state legal systems such as ours, however, have moved away from purely formal equality of parties in the direction of compensating for social weakness by substantive as well as procedural law. Freedom of contract is restricted in many areas such as in tenancy and employment relations. Typical for such areas of compensatory substantive legislation is the concomitant supply of informal institutions and procedures which help dealing with conflict cases out of court. Tenants rights, employment protection, and also consumer complaints are typically dealt with by pre-court institutions which filter away the bulk of the cases, but always leave the possibility of invoking a formal court procedure, if informal "alternatives" have been exhausted. In the Netherlands much more than in West-Germany such filter institutions are effectively taking away some of the potential court caseload, by at the same time providing an easy access arena for (more) cases in a pre-court conflict arena. Dutch Consumer Complaint Boards are more active than their German counterparts, Dutch bailiffs take over debt enforcement cases which in West-Germany are treated by court procedures and Dutch Rental Conflict Commissions handle landlord-tenant cases, Dutch Labour Exchange Bureaus check on labour dismissals which in West-Germany will more likely end up in courts. Compared to the costs and duration of litigation in the Netherlands (and this would certainly hold even more true with respect to American trial courts), West German courts are so much more efficient that there is less reason for the (legally experienced) parties to try to avoid them, on the other hand the German courts thereby attract a high caseload of petty cases which in the Netherlands are handled by "filtering institutions".

Nevertheless, the extent to which parties to civil disputes in the Federal Republic and the Netherlands invoke courts and furthermore to which degree they make use of legal advice and assistance varies widely from one type of case to another. In both countries in lower courts many parties proceed without being represented by a lawyer; the informality of Continental procedures (in comparison to adversary trials) and the discretionary powers of the judges render

⁹ Black 1973

this feasible. Furthermore, court and lawyer fee waivers for litigants with moderate means of income take away some of the financial barriers of access to lawyers and courts. In the Netherland about 60% of all private households are entitled to legal aid assistance and court fee waivers at least in excess of a minimum own risk, in the West-German system the entitlement ends at considerably lower income levels (in legal aid assistance at about twice the social welfare minimum). Nevertheless, in both countries legal aid recipients do not account for a large segment of court caseloads. Only in divorce cases a major part of court and lawyer fees is compensated by legal aid schemes. In all other cases the economically weaker party is usually the defendant - then financial obstacles are usually not a main consideration as the legal aid scheme takes care of most of the financial costs of litigation. Apart from financial cost considerations, however, there remain sufficient reasons to try to avoid getting involved with lawyers and courts: no legal aid scheme will remove the social consideration which keep individuals from actively invoking lawyers and courts.

There is no single factor explaining why the Dutch handle far fewer conflicts by litigation than the neighbouring Germans. We observe a recurring pattern, however, which is partly due to the institutions filtering access to courts, partly due to 'alternatives' which help to avoid them. Part of the 'infrastructure of avoidance' is facilitated by the multitude of forms of legal consultation which is available within and outside of the Bar. Legal advice is not an attorneys' monopoly which allows legal cost insurances, automobile clubs or trade unions to compete with law firms. On the other side, there is individual as well as institutional government subsidy for legal aid which (for the last fifteen years) enabled 'social advocates' to offer low threshold legal services. Amazingly enough, the abundance of legal advisors fits into a culture of especially low, rather than high litigation frequencies. In a number of conflict constellations where the law protects the socially weaker parties against the more powerful ones (like consumer protection, tenants rights and employment protection), 'alternative' institutions attract a high number of cases which would not find any forum in a more litigious culture. At the same time as they effectively filter out recurrent routine cases thus relieving the court dockets, the infrastructure of legal aid offers a chance of exemplary litigation in strategic test cases.

Quite a different constellation prevails in those areas of law where repeat players are disputing. Insurance companies, mail order houses and banks have a high stake in reducing the conflict

costs in everyday transactions. Their strategies are mainly anticipative; if they have to enter a conflict they prefer internal settlement to external dispute; if they risk external procedures, they try to withhold their stakes so as to shift the burden of mobilizing lawyers and courts to the opposing party. If there are grievances on the side of customers, they mostly manage to deal with them by in house complaint procedures; in sectors which are especially grievance prone (like insurances) industry wide boards serve as appeal instance. The 'alternative' of invoking courts of justice is reserved as 'ultimum remedium'.



LE JUGE ET LA REVOLUTION ITALIENNE

Dr. Stefano MOGINI
Juge à la Pretura Circondariale di Perugia

L'ETHIQUE DU JUGE

=====

Cette intervention est pour moi l'occasion d'adresser mes remerciements à l'équipe de l'ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE et plus particulièrement du DEPARTEMENT INTERNATIONAL, dont je tiens à souligner le rôle dans la formation et le perfectionnement des magistrats étrangers.

J'ai moi même bénéficié des possibilités offertes par l'ECOLE et j'ai ainsi pu apprécier de façon très concrète les effets très positifs d'une telle expérience.

Au delà de l'enrichissement intellectuel et culturel que cette formation m'a procuré, c'est également un savoir faire qui m'a été transmis; ce savoir faire je l'ai utilisé, en l'adaptant bien entendu aux règles procédurales italiennes, dans ma pratique quotidienne.

Il ne s'agit donc pas d'un simple échange d'idées entre collègues de Pays différents, mais bien de la confrontation de pratiques judiciaires qui conduit à plus de professionnalisme de la part de chacun d'entre nous.

Cette journée me permet aussi de retrouver avec le plus grand plaisir les collègues que j'ai rencontrés au début de leur formation et de partager avec eux un moment émouvant :

celui de la remise de leurs diplômes.

Le thème de cette journée : l'éthique du magistrat, me paraît un sujet de réflexion essentiel et malheureusement peu débattu, alors que par ailleurs l'éthique se trouve aujourd'hui presque systématiquement associée au politique, du moins pour ce qui concerne l'Italie. Nous -connaissons actuellement une crise politique qui explique sans doute l'association constante de ces deux termes; il me semble d'ailleurs que ce binôme, éthique - politique, se retrouve dans tous les Pays qui connaissent le déclin des idéologies et qui cherchent de nouveaux points de repère dans la conduite de l'action politique.

Il faut souhaiter qu'un débat de même nature s'instaure à propos de la pratique judiciaire, car à mon sens l'opinion publique, déjà sensible à cette pratique, s'interrogera toujours plus sur son bien fondé.

Je suis donc particulièrement heureux d'intervenir sur ce thème, mais je dois vous avertir des limites de mon propos :

en effet l'intitulé de cette journée suggère une approche philosophique que je ne suis pas en mesure de traiter dans ce cadre.

Je souhaite, pour ce qui me concerne, vous faire part de l'expérience qui me semble être celle de la magistrature italienne dans un tel contexte, avec deux réserves toutefois.

La première tient à la difficulté de décrire en peu de mots une situation très complexe qui mériterait que j'apporte des nuances multipliées à mon propos.

Celui-ci sera donc parfois trop schématique :

je vous prie de m'en excuser.

Le risque est notamment de vous donner un panorama trop contrasté de la situation italienne actuelle dans laquelle il pourrait sembler que le bien et le mal sont clairement identifiés :

d'une part les " juges " sans tâche et sans peur " appuyés par l'opinion publique,

d'autre part les hommes politiques, les chefs d'entreprises, les grands commis de l'état, en un mot, le pouvoir établi.

Bien entendu, il en va différemment :

même dans la magistrature, il a existé et il existe des zones d'ombre et réciproquement des forces saines trouvent à s'exprimer démocratiquement dans les différents partis politiques, qu'ils appartiennent à la majorité ou à l'opposition.

La seconde réserve de mon propos tient à la relativité des jugements de valeur que je serai amené à porter s'agissant des organisations institutionnelles et des principes éthiques qui gouvernent l'action judiciaire dans mon pays. Je suis en effet conscient qu'il n'existe pas dans ce domaine de recettes susceptibles d'être exportées, sans être adaptées aux différentes réalités nationales.

Il ne s'agit donc pas de suggérer des modèles, mais de réfléchir ensemble pour essayer de trouver, au delà de nos différences, l'élan qui nous permette d'améliorer notre organisation judiciaire et notre culture commune de juge.

Ceci étant dit, je crois que les vicissitudes italiennes de ces dernières années présentent l'intérêt de pouvoir s'interroger sur le rôle que la magistrature est appelée à jouer dans une société moderne, et sur l'ensemble des règles, des pratiques, des usages, des limites et naturellement des valeurs auxquels tout magistrat doit se référer dans son travail quotidien.

En effet, l'histoire italienne récente est l'histoire d'un processus de décomposition d'un système démocratique. Pour des motifs non écrits, mais tacitement acceptés par toutes les forces politiques, l'opposition comprise, a été effacée une des règles fondamentales de la démocratie :

celle de la possibilité d'une alternance.

Tel a été le prix payé pour l'adhésion à l'OTAN d'un pays situé dans une position stratégique et abritant le plus puissant parti communiste occidental, et, fait remarquable, ce prix a été payé de façon paradoxalement démocratique :

non seulement parce que la majorité des électeurs a toujours confirmé, parfois à reculons, sa confiance aux partis du gouvernement, mais aussi parce que les partis de gauche ont, pour l'essentiel, accepté leur exclusion formelle du gouvernement, notamment pour ce qui concerne les grandes orientations de politique extérieure, moyennant leur association effective à la direction du pays, tant au niveau central que local.

Mais une démocratie sans alternance, c'est à dire une " démocratie bloquée " comme beaucoup d'observateurs définissent le système italien, est à l'origine à la fois de l'absence de leadership durable et identifiable et du manque de contrôle effectif de la part de l'opposition.

C'est dans un tel contexte que les partis politiques ont pu occuper tous les espaces institutionnels et d'une façon plus générale tous les lieux de pouvoir en ayant perdu, dans une large mesure, leur fonction d'orientation idéale de l'opinion publique au profit de la gestion de positions dominantes.

La démocratie devient donc partocratie :

Les partis se dotent de moyens et de structures organisées toujours plus importantes et toujours plus coûteuses; et il n'est pas de manne qui puisse satisfaire les besoins financiers croissant engendrés par le système de partis.

Même l'administration devient soumise aux besoins des partis, non seulement à cause de la confusion de l'intérêt général et de celui d'élites toujours plus distantes du consensus populaire, mais aussi parce qu'elle devient un outil de financement des partis, grâce aux circuits de corruption qu'elle peut mettre en place.

A cet égard, les lois de 1974 et 1981 sur le financement public des partis ont manqué le but qu'elles s'étaient assignées :

moraliser la vie publique italienne.

Et il y a plus :

le principe, justifié en soi, de la décentralisation législative et administrative est à l'origine de la multiplication de centres de décisions, caractérisés par une logique de prise de pouvoir et de partage des dépouillés. D'autre part le système des contrôles institutionnels en ressort considérablement amoindri.

J'ai déjà évoqué l'incompatibilité de l'alternance et de la collaboration de fait de l'opposition à la gestion des affaires :

cette dernière entraîne évidemment la disparition de tout contrôle politique. Mais sont également les contrôles administratifs dans leur ensemble qui se révèlent inadéquats si l'on considère seulement que contrôlés et contrôleurs appartiennent souvent au même parti politique et de toute manière au même système, qui veut que l'on ne " se tire pas dans les pattes ".

Reste effectif, même affaibli par mille disfonctionnements, le contrôle qui devrait être que résiduel, exceptionnel, dans une démocratie authentique: le contrôle juridictionnel pénal.

C'est ainsi que l'histoire de l'Italie contemporaine a été plus souvent relatée dans les documents judiciaires que dans les journaux ou dans les débats parlementaires.

De même, l'attention qu'a portée le monde politique à la magistrature s'est longtemps traduite plus par une tentative de délégitimation et d'intimidation (telle la proposition en 1987 d'un referendum sur la responsabilité civile du juge), que par un souci d'amélioration du fonctionnement de l'administration de la justice et la mise en place de structures idoines dans un pays heurté de plein fouet par la criminalité organisée la plus violente.

Les magistrats continuent malgré tout à faire leur devoir, comme en témoignent les nombreuses enquêtes qui, pendant des années, depuis l'affaire TEARDO, à celle de la loge P2, en passant par celle de la Banque AMBROSIANO aux affaires de corruption, ont mis en évidence l'affairisme public en Italie.

Certes, la magistrature italienne n'a pas été exempte, sinon d'exemples de véritable subordination, du moins de manifestation d'un certain soutien au système des partis et des pouvoirs en place.

Néanmoins la plus part des magistrats italiens a toujours su exercer ses fonctions de façon indépendante et autonome, sans prêter le flancs aux différentes pressions de son environnement.

Je me permets de reprendre à votre attention ce qu'écrivait Gian PAOLO PANSA, un des journalistes les plus au fait de la société italienne, en février 1987, soit environ cinq ans avant que ne commence l'enquête " mains propres ", à propos des magistrats de TURIN : " Ainsi, depuis ces bureaux miteux de la rue Tasso, un groupe de magistrats applique la loi pour combattre les maux obscurs du pays, et donc, de TURIN. On commence avec le terrorisme, puis viennent les enquêtes sur la criminalité organisée, puis celles des affaires financières (le scandale des pétroliers en tête):

une intervention donc sur les délits fiscaux (c'est à TURIN qu'une multitude d'évasions fiscales fait l'objet d'enquêtes). Enfin, les procédés d'information sur l'administration publique, contre la pratique des pots de vin qui sont ouvertes en 1983 avec l'affaire bien connue de Zampini

Des hommes politiques, des chefs d'administration de toute tendance (démocratie chrétienne, communiste, socialiste) et de toute envergure, des fonctionnaires d'entreprises publiques, des hommes d'affaire sont incarcérés ou mis en cause. TURIN capitale corrompue? Pas du tout! Disons plutôt = TURIN, ville pilote d'un travail judiciaire, qui doit bien sûr être contrôlé pas à pas, mais qui se révélera à son terme, à l'avantage de l'honneur de cette ville. Un travail qui redonne confiance en la république, au citoyen.

" Cela fait du bien à la démocratie de savoir qu'il existe des juges, non seulement au DANNEMARK, mais également en deçà des ALPES. Oui, il y en a, et ils restent là, dans ce tribunal miteux de Via Tasso ".

Vous voyez = nos collègues de MILAN chargés de l'enquête "mains propres " dont on parle tant ces temps-ci, et pas seulement en ITALIE, se sont donc engagés sur une voie déjà ouverte par de nombreux magistrats sur l'ensemble du territoire national.

Et pourtant l'enquête " mains propres " présente sans aucun doute des nouveautés. Jamais en Italie, jusqu'à aujourd'hui, les enquêtes judiciaires n'avaient pu réussir à révéler dans toute son ampleur le système de fraude politico administratif dans lequel se sont trouvés impliqués les vestiges de l'Etat, des pouvoirs locaux et des groupes industriels italiens les plus importants.

Il y avait eu bien sûr des procès à l'issue desquels des ministres (par exemple le ministre des travaux publics NICOLAZZI(?)) des secrétaires de parti (le social démocrate Longo) des industriels avaient été condamnés pour corruption, mais il s'agissait dans ces affaires de la mise à jour de faits ponctuels, certes significatifs, mais non du lien qui pouvait unir ces faits à d'autres pratiques similaires, et de la démonstration du mécanisme frauduleux dans son ensemble.

Dans ces conditions, quels sont les changements survenus entre 1987 lorsque GIAN PAOLO PANSA décrivait les enquêtes des juges de TURIN et 1992, quand démarre l'opération "cyclone" "mains propres" ? les magistrats italiens ont-ils changé ?

Et, pour revenir plus précisément à notre thème d'aujourd'hui, est-ce leur éthique, est-ce l'ensemble des règles non écrites et des valeurs qui guident l'action de la magistrature italienne qui ont changé ? Je ne le crois pas.

Je crois que c'est le contexte international et national dans lequel était né le système des partis, qui a subi une mutation profonde.

La chute du mur de Berlin et la fin de la guerre froide et donc de la nécessité de se protéger du communisme ainsi que de maintenir l'ITALIE dans l'alliance atlantique, ont mis en évidence les raisons profondes de la "convention non écrite" et pourtant déterminante du fonctionnement de fait des institutions de notre pays, selon laquelle, à l'impossibilité d'une alternance gouvernementale, correspondait l'alliance des forces d'opposition dans l'exercice du pouvoir.

Le "système des partis" qui s'était organisé en ITALIE perd ainsi sa raison d'être.

Les enquêtes judiciaires , "mains propres" et les autres en cours sur l'ensemble du territoire, ne rencontrent plus de résistance forte, voire arrogante, mais la pleine collaboration d'hommes politiques et de chefs d'entreprises qui pensent maintenant beaucoup plus à leur avenir qu'au plan pénal qu'aux avantages qu'un système désormais en perte de vitesse n'est plus en mesure de leur assurer; et ceci augmente bien évidemment l'efficacité et l'ampleur des enquêtes judiciaires.

Une fois de plus, ce sont les tribunaux qui relatent en temps réel l'histoire de l'Italie contemporaine, de telle manière que l'enquête "mains propres" devient elle même un facteur important dans le processus de changement politico institutionnel du pays.

C'est ainsi que certains observateurs, et dernièrement le Président du Conseil lui même, ont comparé la situation politique italienne à une véritable "révolution démocratique " dans le cadre de laquelle la magistrature a joué un rôle décisif, sans pour autant porter atteinte d'aucune manière à la souveraineté populaire.

La magistrature italienne, en exerçant sa fonction de contrôle de la légalité en pleine indépendance et sans discriminations (~~?~~), a réussi tout à la fois à conquérir une forte légitimité auprès de l'opinion publique et à se garder de la tentation d'un gouvernement des juges.

Comment expliquer ce phénomène ?

Comment se fait-il qu'une communauté nationale dans son ensemble s'identifie à un magistrat, notre collègue DI PIETRO, alors que la légitimité des juges est toujours plus problématique dans les sociétés occidentales ?

Je crois trouver la réponse dans le fait que la magistrature italienne a démontré par son travail qu'elle avait défini cet ensemble de principes, de pratiques, d'usages, de limites et de valeurs auxquels je me suis référé au début de mon propos. C'est à dire elle a démontré qu'elle avait son éthique.

Et jamais autant qu'à la suite de l'enquête "mains propres" , l'éthique des juges italiens n'avait été perçue de l'extérieur ni reconnue comme ^{SIENNE} ~~rien~~ dé par l'opinion publique.

Pour ce qui concerne le sens et le contenu de cette éthique, il convient à nouveau de se référer aux écrits de Gian Paola PANSA, lesquels sont, à mon avis, une bonne synthèse de la question et représentatifs d'une opinion leader tout en étant extérieur à la magistrature.

Les voici : " Pour combattre cet ennemi envahissant (PANSA se réfère déjà, nous sommes encore en 1987, à la corruption administrative et politique) il y a, à TURIN comme ailleurs, un magistrat différent de celui d'autrefois. Un juge superman ? Je ne le crois pas -un juge justicier, toujours et en toute circonstance, le héros ? non plus -Un juge qui voudrait mettre en place le gouvernement des juges ? Il ne s'agit pas de cela non plus.

En revanche, l'image du juge fonctionnaire a disparu depuis quelques années au profit du juge-magistrat qui n'est plus fidèle au système politique mais à la loi et aux valeurs constitutionnelles.

Pas de juge shériff ou Rambo : il y a eu simplement et il y a encore, une tentative des juges de reconquérir leur fonction véritable et de l'exercer sans discrimination d'aucune sorte, sans passe-droit, en accord avec le principe de l'égalité de tous devant la loi." Je crois, en effet, que le "noyau dur" de l'éthique du magistrat consiste dans notre société à empêcher que les lois ne soient des "toiles d'araignées" dont les forts s'échappent et dont les faibles restent prisonniers, avec tout ce que cela implique au plan de la transparence des comportements et de professionnalisme pour le magistrat.

Ceci dit, on ne va pas plus loin que la simple description d'une règle éthique, il reste à développer, et ceci est certainement plus intéressant concrètement, les conditions qui ont rendu possible l'élaboration d'une éthique, dans le cadre de la magistrature italienne.

En effet, les hommes, et donc les magistrats, ne sont pas des anges. Depuis MADISON, nous avons cependant appris que justement parce que les hommes ne sont pas des anges, il est indispensable que soient mis en place des règles et des institutions politiques et sociales qui les obligent à adopter un comportement conforme à l'intérêt général et qu'écartent les déviants et les marginaux de la vie publique.

Je dois dire que dans l'ITALIE REPUBLICAINE, la magistrature a joui d'un système constitutionnel qui lui a assuré son autonomie grâce à des dispositions très protectrices de son indépendance.

Au delà des déclarations de principe, certes très importantes, contenues dans certains articles de la constitution relatifs à la magistrature et selon lesquelles "les juges sont soumis uniquement à la loi" (art 101) ou bien "la magistrature constitue un ordre autonome et indépendant de tout autre pouvoir" (art 104), la constitution italienne prévoit des règles et, des

institutions aptes à rendre effectifs l'énoncé des principes.

Les voici, de façon très schématique :

- il s'agit de l'article 107 par exemple qui prévoit l'immovibilité des magistrats, qu'ils soient du siège ou du parquet.

- A cela s'ajoute le fait que la loi a dissocié le grade, et donc les revenus, des fonctions exercées. Par ailleurs, le magistrat italien est présenté au plus haut niveau "d'une mutation sanction" ou d'un avancement rapide à l'instigation du pouvoir politique.

- Il y a également, en relation étroite avec le principe de l'égalité des citoyens devant la loi énoncé par l'article 3 de la Constitution, l'article 112 qui prévoit que le ministère public a l'obligation d'exercer l'action pénale, avec sous son autorité directe, au sens de l'article 109, la police judiciaire.

- Mais ce qui paraît essentiel pour le propos qui est le nôtre aujourd'hui, c'est l'institution d'un conseil supérieur de la magistrature, conçu et structuré comme un véritable organe constitutionnel de gestion autonome du corps judiciaire.

Présidé par le Président de la République, qui dans l'ordonnement italien représente l'unité nationale et une garantie indépendamment du pouvoir exécutif, le conseil supérieur de la magistrature est composé de deux autres membres de droit : le Premier Président et le Procureur Général de la Cour de Cassation, et de trente membres élus pour les deux tiers par tous les magistrats, toutes fonctions confondues, et pour un tiers par le Parlement, parmi des professeurs de droit et des avocats ayant au moins quinze ans d'exercice.

La composition du Conseil supérieur de la magistrature empêche donc à la fois, toute soumission de la magistrature au pouvoir exécutif ou, ce qui revient au même, à toute majorité parlementaire, et le corporatisme qui séparerait l'autorité judiciaire du contexte politico-institutionnel dans lequel elle est amenée à exercer son rôle:

C'est au Conseil Supérieur de la Magistrature qu'il appartient de gérer les mouvements des magistrats, leurs mutations, leur avancement, les procédures disciplinaires, de telle façon qu'il est devenu une référence pour l'activité des magistrats italiens.

A cet égard, il suffit d'évoquer l'impact que revêtent les circulaires rédigées par le C.S.M. dans le cadre de ses attributions réglementaires sur les pratiques des magistrats italiens.

Etre ~~et~~ apparaître indépendants a toujours été un impératif que le C.S.M. a rappelé dans les faits aux magistrats : non seulement à travers les nombreuses procédures disciplinaires mais aussi avec l'application ponctuelle des cas d'incompatibilité et le rappel, parfois critiqué par ailleurs, de règles de comportement aux magistrats.

Peut-être, quelques uns d'entre vous se souviennent de l'affrontement institutionnel ayant opposé l'ex-Président de la République COSSIGA et le C.S.M., qui avait exprimé, à l'occasion d'une nomination en avancement, le caractère inopportun de l'appartenance à la maçonnerie du corps judiciaire, celle-ci ayant été jugée dangereuse pour l'indépendance et l'impartialité du magistrat. Même s'il n' a pas été à l'abri des erreurs et d'une certaine frilosité, le C.S.M. a constitué sans aucun doute un facteur de développement de l'éthique chez le magistrat italien.

La situation de la magistrature italienne au sein des institutions de la République apparaît confortée non seulement au plan de sa gestion autonome, mais également par rapport aux autres pouvoirs de l'Etat, grâce aux possibilités d'intervention et de contrôle attribués tant-au C.S.M. qu'à tout magistrat.

A cet égard, il faut souligner la possibilité pour le juge de saisir la Cour Constitutionnelle (composée pour un tiers de magistrats) de l'inconstitutionnalité d'une disposition qu'il devrait appliquer dans le cadre du litige dont il est saisi. La disposition ainsi déclarée inconstitutionnelle est alors abrogée, même de façon rétroactive, sous réserve des droits acquis.

La magistrature a, de cette manière, concouru de façon notable à l'évolution de l'ordonnance^{mécanique} juridique.

La Cour Constitutionnelle joue un rôle décisif, en tant que garante d'un fonctionnement régulier des institutions, sur un autre plan. Elle est également le juge des conflits d'attribution entre les différents pouvoirs de l'Etat.

Je vous donnerai un exemple éclatant et très récent, révélateur de l'ampleur et de l'efficacité des garanties prévues par nos dispositions constitutionnelles aux fins de préserver l'indépendance des magistrats : en vertu de l'article 68 de la Constitution, aucun membre du parlement ne peut être poursuivi sans l'autorisation de la Chambre à laquelle il appartient, ceci afin d'éviter des initiatives judiciaires persécutrices à mobile politique.

Dans le cadre de cette disposition, le Parquet de Milan s'est adressé, il y a quelques mois, à la chambre des députés pour obtenir la levée de l'immunité de l'ex-Président du Conseil: Bettino CRAXI auquel il était reproché différentes infractions allant du financement illégal de partis politiques à la concussion. La chambre des députés a limité la levée de l'immunité au délit de financement illégal, la rejetant pour les infractions les plus graves.

Dans la mesure où toutes les infractions reprochées au député CRAXI trouvaient leur origine dans les mêmes faits, les magistrats de MILAN ont estimé que la chambre s'était livrée à un travail de qualification juridique qui ne lui appartenait pas ; c'est ainsi que le Parquet de MILAN a soulevé devant la Cour Constitutionnelle un conflit d'attribution par rapport à la chambre des Députés, conflit que la cour a déclaré recevable, il y a environ quinze jours. La décision de la cour est attendue d'ici quelques mois. Pour le cas où les arguments du Parquet de MILAN seraient retenus, la demande de levée de l'immunité serait à nouveau discutée.

Je crois que la protection de l'indépendance et de l'autonomie de la magistrature au sein des institutions italiennes résulte à l'évidence des différents points que je viens d'exposer. D'ailleurs, la préoccupation de l'Assemblée constituante qui était de concevoir des mécanismes institutionnels à même d'empêcher toute interférence des différents pouvoirs, s'explique par la situation particulière au plan politique de l'ITALIE dans l'après-guerre. Deux groupes politiques d'importance équivalente s'affrontaient alors : la gauche dominée par le parti communiste et le centre au sein duquel la démocratie chrétienne avait une position prééminente, tous deux décidés à se garantir la possibilité d'une influence au plan politique même dans le cas où l'adversaire aurait prévalu par le jeu démocratique des élections qui allaient avoir lieu.

Par ailleurs, cet équilibre a été réalisé au niveau le plus haut en assemblée constituante et même si certaines de ses dispositions sont aujourd'hui dépassées par l'évolution historique, la constitution italienne reste un exemple d'"organisation politique" moderne.

Mais s'il est vrai que l'élaboration d'une éthique publique ne se fait pas sans normes et institutions adaptées, il est vrai que celles-ci ne suffisent pas : l'Histoire, encore récemment, nous a appris malheureusement qu'à des énoncés constitutionnels formellement irréprochables, correspondaient parfois des comportements politiques, des structures sociales et des ordonnancements judiciaires anti-démocratiques.

On se rend ainsi compt que l'élaboration d'une éthique pour le juge requiert également la diffusion au sein du corps des magistrats de valeurs fortes et non d'intérêts forts.

Il est donc nécessaire de trouver des moments qui permettent une réflexion collective sur la culture juridictionnelle et qui assurent de façon continue la circulation des idées et des pratiques dans l'institution judiciaire.

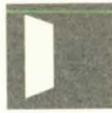
Il faut enfin que l'activité quotidienne de tout magistrat puisse servir d'exemple à ses collègues.

C'est ainsi que s'est développée dans mon pays au sein de la magistrature et à l'ombre des garanties d'ordre constitutionnel, une véritable "culture de juridiction" dans laquelle autonomie et indépendance ne sont pas vécues comme des privilèges de caste mais comme des paramètres indispensables au professionnalisme et à la transparence des comportements qui doivent permettre le respect du principe fondamental d'égalité.

A cet égard, l'Association Nationale des Magistrats, lieu privilégié d'échanges sur les orientations idéales de la fonction judiciaire, a joué un rôle important.

L'exemple donné par les meilleurs d'entre nous, enfin, a été et reste décisif s'agissant de l'identification d'une grande partie des magistrats italiens, aux valeurs fortes de l'autonomie, de l'indépendance, du sens du service public.

Ceci pour que les lois de l'Etat ne soient pas des "toiles d'araignées".



COMMENT PENSER L'ACTE DE JUGER APRES LE POSITIVISME?

Antoine GARAPON

Secrétaire Général de l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice

COMMENT PENSER L'ACTE DE JUGER APRES LE POSITIVISME ?

INTRODUCTION

La montée en puissance du droit et plus particulièrement du juge est un des grands phénomènes de notre temps. Que faut-il penser de cette évolution? Faut-il y voir un perfectionnement de la démocratie ou redouter, à l'inverse, un "gouvernement des juges", le retour d'une nouvelle cléricature judiciaire que notre positivisme français croyait avoir définitivement exorcisé?

Sortis de la référence à la loi, les juges aussi ont leur angoisse du vide pour reprendre une célèbre expression. L'acte de juger n'est-il pas guetté de se réduire à une forme vide voire folle ? Il a un début dans la Grèce antique (les Euménides), des mutations successives (naissance du juge moderne au XII^{ème} siècle), aurait-il une fin? C'est ce drame que Kafka met en scène notamment dans **le procès**: le drame d'un droit sans Dieu, d'une justice qui compense la vacuité du sens par l'invasion de symboles ne reliant plus rien à rien. De la même manière qu'il était premier par rapport à la loi, il se pourrait bien qu'il soit également dernier, c'est-à-dire celui qui demeure quand le reste tend à disparaître. On est alors mis en demeure de penser la survivance de l'acte de juger au déclin du positivisme.

Alors que nous pensions l'acte de juger dans une perspective positiviste comme un moment relativement secondaire, solidaire d'un droit qu'il était censé appliquer, d'une société qu'il représentait et d'un Etat dont il était l'organe, on le découvre plus *autonome* par rapport au législatif voire à l'exécutif: (citation de). Dans des périodes de légitimité incertaine, il s'avère générateur de légitimité autant que généré par le droit.

Faute de référence à la loi, le discours officiel sur la justice se réduit alors à une *question d'hommes* (les petits juges d'une sensibilité opposée à celle du gouvernement), de *moyens*, de *rationalisation du travail* (discours managérial) ou de *système* (débat entre jacobins et "anglomanes"). Le summum du paradoxe est atteint dans le discours officiel du Ministère de la justice qui, fut un temps, où la seule alternative aux dysfonctionnements de la justice était de proposer de multiplier la médiation.

I. DECONSTRUCTION DE L'ACTE DE JUGER

A. ON EST EN BOUT DE TECHNOLOGIE

1) Un positivisme obsolète

La représentation de l'acte de juger que se font les juges, comme les politiques ou la société civile est désavouée par les acquis de la philosophie du droit et surtout par le vécu de notre institution. D'où probablement un premier malaise provenant d'un tel décalage: ce que nous vivons correspond de moins en moins à ce que nous nous représentons de notre fonction, sans que nous ayons pour la plupart d'entre nous l'impression de dénaturer notre fonction: on répond à des attentes diffuses, à des logiques sociales novatrices et respectables.

Par exemple, on continue de s'accrocher à une bipartition entre le civil et le pénal qui n'est plus pertinente. En effet, est en train de se constituer depuis quelques années une autre matière qui acquière à chaque réforme davantage d'autonomie: la justice familiale. Il serait plus exact de dire qu'à présent il y a trois domaines distincts: le civil, le pénal et le familial. C'est d'ailleurs dans l'exercice précisément de ce "secteur en plein développement" pour parler comme l'industrie, que le problème de l'acte de juger se pose avec le plus d'acuité.

Quel est cette représentation de l'acte de juger? Il est intimement lié au *positivisme* et donc fondée sur le primat de la règle: juger c'est appliquer des règles. Le jugement est réduit à un syllogisme et l'acte de juger à l'adjudication de droit, à la désignation d'un gagnant et d'un perdant. Le positivisme a fait l'objet de plusieurs critiques, outre de s'être disqualifié éthiquement par les totalitarismes qui en ont fait un instrument de domination. Ce n'est pas la règle qui est devenue obsolète mais c'est *de fonder toute une rationalité juridique autour d'elle et seulement autour d'elle* comme si cela suffisait et dispensait de se poser d'autres questions. Pour le positivisme, il n'y a pas d'alternative entre la règle et l'arbitraire: ou on applique la règle ou c'est l'arbitraire!

2) Une reconceptualisation difficile

Cette *reconceptualisation* de l'acte de juger est rendue délicate en raison de plusieurs traits de notre ambiance intellectuelle contemporaine.

Du fait de la désertion des sciences humaines pour ce secteur de la vie sociale pour de multiples raisons. Le positivisme *isole le droit des autres sciences humaines* en le réduisant à une simple technologie sociale de domination politique et de régulation par les règles. D'où la nécessité d'ouvrir l'obturateur, d'agrandir le champ: on ne sortira pas des apories du droit par le droit mais en retrouvant son horizon philosophique, anthropologique ou politique.

Il faut comprendre que ce positivisme ne caractérisait pas que le droit mais l'ensemble des sciences humaines qui se fondaient dans l'illusion de lois du monde que l'on pouvait déconstruire dans un antihumanisme et un antijuridisme à la fois méthodologique et idéologique. Mais il nous faut dépasser ce positivisme là également: on a rien à attendre de particulier des déconstruccionnistes (la mort du sujet, la domination symbolique, etc.).

Cette difficulté se surcharge d'une autre, plus spécifiquement française. Le débat sur le juge a été capté, en France, par les constitutionnalistes à propos de l'entrée sur la scène politique du Conseil constitutionnel en raison de la prévalence dans notre pays de l'intérêt pour l'Etat plus que pour le droit, pour le droit plus que pour le juge, pour le juge public plus que pour le juge judiciaire. Toute cette production à propos du juge constitutionnel occulte la question du juge privé pour laquelle nous sommes toujours aussi démunis intellectuellement. Les deux types de juges ne sont pas, tant s'en faut, assimilables: "juger des règles n'est pas la même chose que juger des situations de fait, des "cas dans leur singularité immédiate" comme écrit Hegel (*Principes de la philosophie du droit*, 225 ss.). Cette captation du débat par les publicistes et les politologues empêche d'apercevoir une autre question tout aussi centrale qui est celle des transformations et de l'extension de l'acte de juger.

B. LES COMPOSANTS DE L'ACTE DE JUGER

Une analyse au plus près des critiques adressées au positivisme va nous permettre de rebondir. L'effondrement du positivisme fait perdre à l'acte de juger son centre de gravité et nous oblige donc à repenser le tout. L'aborder en bloc comme un tout s'avère très difficile, voire impossible (d'ailleurs beaucoup d'études butent sur cette difficulté). Nous proposons de le décomposer pour être mieux à même de reconstruire le tout.

L'acte de juger, combine en effet, trois éléments distincts: une opération intellectuelle visant à la production normative, la recherche d'une performance sociale et l'expression d'une volonté politique. Le positivisme, à tort ou à raison, mettait en avant l'opération intellectuelle qui devait contenir les deux autres; l'Etat-providence a pu faire penser que la recherche d'une performance sociale pouvait dispenser de l'opération intellectuelle qui s'évanouirait.

1) Critique du syllogisme et mise en évidence du rôle politique

Critique du *syllogisme*: on sait à présent que le raisonnement juridique, que tout raisonnement juridique projette des idéaux de justice, les règles n'étaient que *transitoires* dans un cercle herméneutique qui échappe au formalisme: toute la philosophie du droit ne fait que répéter cela.

La première opération consiste à prendre acte, en suspendant tout jugement de valeur, de la part politique de l'acte de juger. Le juge ne peut plus être perçu, en effet, comme un "automate", l'acte de juger ne pouvant se réduire, comme le pensait le positivisme, à une opération exclusivement rationnelle dont la vérité est déduite de règles au terme d'un syllogisme. Il s'agit d'un acte politique, donc d'un acte de volonté et le problème de sa légitimité doit être pensé en fonction de sa nature politique. Faut-il voir dans la progression du rôle du juge une victoire de la raison sur l'arbitraire politique? "A la vérité, le pouvoir du juge est précisément dissimulé et renforcé par l'effet même de cette croyance si répandue qu'il n'exerce pas un pouvoir mais assure seulement le règne du droit et de la raison. Vouloir dénoncer une prétendue suprématie de la raison sur la politique ce n'est pas dissiper une illusion mais c'est y succomber" (Michel Troper, *Le droit, la raison et le politique, Le débat*, p.182).

Il faut tenter de raisonner à la marge, pour cet espace de liberté laissé au juge et qui en choque plus d'un. Si l'on met de côté -ce qui est toujours un peu artificiel dans nos systèmes qui restent malgré tout fondés sur la loi- cette hypothèse du sens clair et non-ambigu, pour tenter de saisir ce qui fonde le juge à dire le droit, deux arguments ressortent: celui de la *représentativité* du juge et celui de sa position *organique*.

a) En termes de représentativité

Le texte est incomplet et le juge complète l'oeuvre du législateur: il n'y a donc pas opposition mais *complémentarité* quand le juge interprète la constitution: La constitution ne dit rien, ce sont les autres et notamment les juges qui la font parler. Le juge est donc un élément constitutif de la normativité de la loi constituante: "Le juge récepteur et le constituant émetteur forment de la sorte un tandem de pairs indissociables, dont le concours est requis pour l'éclosion de la souveraineté constituante" (p.172).

Ainsi, le juge peut être amené à censurer la loi d'une valeur juridique inférieure mais qui n'en est pas moins l'expression directe de la souveraineté nationale. D'autant que comparée à celle du législateur sa légitimité semble bien pâle. On se souvient de ce parlementaire ironisant après une décision du Conseil constitutionnel et opposant les 9 sages aux 15 714 598 français qui avaient voté pour la majorité parlementaire. On aurait pu ajouter cette phrase de Maurras qui illustre le sentiment général: "Un gouvernement électif, un gouvernement d'opinion peut-il être en conflit sérieux avec ses juges? En d'autres termes un pouvoir renouvelable qui tient toute son investiture périodique du renouvellement de la confiance de l'opinion, peut-il consentir à être jugé, c'est-à-dire à l'occasion tué raide par une poignée de bonshommes habillés en peau de lapin? Non cela n'est pas possible. Cela n'est pas et ne sera pas." (Action française, 7 avril 1914).

Mais n'y a-t-il pas un contresens sur le concept de "représentation"? Dominique Turpin ne rappelle-t-il pas que la caractéristique d'un représentant est, non d'être élu mais de "vouloir" pour la nation" et que dans ce sens-là le juge contribue à l'expression de la volonté générale. Le juge constitutionnel veut pour la nation, s'exprime au nom de la nation comme le juge judiciaire rend ses décisions "au nom du peuple français".

b) En termes organiques

Le juge pourrait également tirer sa légitimité des conditions particulières dans lesquelles il décide: attitude neutre (extérieure), passive (il ne peut se saisir lui-même), statuant au terme d'un échange d'arguments rationnels après avoir délibéré, etc. "Exerce la juridiction celui qui est placé en position tierce par rapport aux parties, et c'est cette qualité de tiers qui est supposée garantir son impartialité. "Tiers artificiellement construit, dont la parole est par fiction réputée souveraine, c'est-à-dire ultime et incontestable" (p.170). Même définition de Stéphane Rials: "le juge -étatique, international ou arbitre- est un tiers suffisamment indépendant et désintéressé dont le travail est entouré de certaines garanties notamment procédurales qui peuvent ne pas se trouver toutes réunies mais dont l'absence complète exclut la qualification de juridiction" (ouverture: l'office du juge).

Quelle ressource nous reste-t-il lorsque la loi est défailante comme en matière de bioéthique? Il ne reste que ce critère formel et organique qui confère au juge l'autorité. Encore faudrait-il que la juridiction constitutionnelle satisfasse vraiment à tous ces réquisits? Ne faudrait-il accentuer son caractère juridictionnel en exigeant que tous ses membres soient des juristes, que l'on plaide véritablement comme devant toute autre juridiction par des avocats, etc.

2) Comment dépasser la simple recherche d'une performance sociale

Critique du *primat de la règle*: les juristes n'ont pas eu l'apanage de la règle. C'est également comme cela que les sociologues ou les anthropologues ont pensé le social: il y a une grammaire qui rend compte de la normativité qui fonctionne dans cette société. Au niveau de la sociologie du droit, on a compris que Lévi-Straus et Malinowski s'étaient peut-être trompés sur ce qu'est un ordre social dans la société primitive: il y a d'autres processus de maintien de l'ordre social que la pure application de la règle: ce sont les négociations ou les médiations. L'anthropologie prend note de toutes les négociations qui entourent l'interprétation de l'ordre normatif: on passe de la règle au *processus*.

L'acte de juger, c'est un processus dans lequel interviennent différents acteurs, un contexte; bien sûr, il y a des règles et des formes qui ne sont que des processus de formalisation plus ou moins élaborés qui doivent être pensés comme des processus de particularisation, de valorisation, de mythification: on est dans un univers de discours qui n'est pas clôturé mais au contraire ouvert sur une foule d'autres discours (cf. Luhmann).

Il faut prendre acte d'une *co-constitution du sens* (travail de l'ethnométhodologie) qui n'a rien à voir avec l'application d'une règle: on reconstruit la réalité. Cette nouvelle conception de l'acte de juger a trouvé à s'incarner dans les pratiques du juge de l'Etat social notamment dans la justice de cabinet. Si la référence ce n'est plus la règle, c'est la finalité qui doit orienter le processus: on rentre dans une rationalité de type stratégique où le juge se donne un résultat à atteindre et cherche avec les parties les moyens d'y arriver en s'entourant d'une nuée de professionnels. Or, ce modèle est aussi en train de s'effondrer.

Critique de l'*adjudication*, c'est-à-dire l'imposition autoritaire d'une décision ou à l'allocation ou la privation autoritaire d'un droit ou d'une obligation ne recouvre pas, tant s'en faut, la totalité des actes de juger; il ne s'agit pas donc d'un discriminant suffisant. Certains enverraient l'alternative de la manière suivant: ou bien adjudication formelle ou bien médiation informelle.

La critique de la justice s'est articulée autour de cette opposition (cf. la critique communautarienne, contractualiste et libérale ou psychodynamique mise au point par Jean de Munck). Or, l'*adjudication* formelle est en faillite depuis l'Etat social. Un certain nombre de juges, en effet, renvoient en médiation non plus avant ou après une procédure mais en plein divorce conflictuel. "Nous sommes ici au centre des enjeux actuels sur la fonction de la justice étatique et le centre de ce centre est bien évidemment le mode d'*élaboration de la décision judiciaire* elle-même, de ses fondements et de ses fins" (p.324). Le débat sur la procédure pénale pour important qu'il soit n'épuise pas à lui seul le sujet, il ne permet pas de rendre compte de cette crise.

C'est peut-être à ce niveau que se situe ce que l'on pourrait appeler la capitulation de la fonction de juger: on accepte encore de "gérer" la séparation, de l'accompagner juridiquement mais la juge-t-on encore? Pas étonnant alors que les juges éprouvent un certain malaise, qu'ils aient le sentiment de ne plus comprendre le sens de leur métier! Mais entendons-nous bien, il ne s'agit pas d'une panne d'imagination de la part des juges ou de l'effet de leur incompétence voire d'une sorte de paresse intellectuelle qui serait imputable au corps lui-même insuffisamment dynamisé par la sanction du marché, mais d'une remise en cause beaucoup plus radicale des critères de jugement de plus en plus incertains. On comprend que ces professionnels du jugement soient déprimés dans un monde qui ne sait plus -ou ne veut- plus juger!

Cette promotion des modes non judiciaires de résolution des conflits en dit long sur les attentes de nos contemporains sur l'institution. La meilleure manière de comprendre l'acte de juger c'est de le comprendre à travers la médiation: le discours sur la médiation est une sorte de négatif des transformations de l'acte de juger. On peut mettre en parallèle la déformalisation et la volonté d'autorégulation des professions ou de la famille. La question est alors de savoir s'il existe une alternative à la centralité ou à l'auto-régulation? Comment peut-on concevoir une justice apte à prendre en compte le polycentrisme si ce n'est par un décentrement de la fonction symbolique?

Pour l'acte de juger dans l'Etat-social, on croyait, en effet, pouvoir dépasser la distinction entre jugement de réalité et jugement de valeur, comme si, dans le jugement moderne, le premier se repliait sur le second; comme si, en disant le fait (ou, mieux encore, en modifiant le fait), le juge pouvait se dispenser de dire le droit. Le juge et à travers lui tout l'aréopage de travailleurs sociaux, d'experts c'est-à-dire de personnes légitimées par leur savoirs (qui disqualifie d'autant les avocats qui ne disposent que d'un savoir sur la règle), espérait pouvoir trouver justice dans les faits eux-mêmes: "l'intérêt de l'enfant" est au centre d'un très profond bouleversement de la référence. Le devoir être va peu à peu chercher à se refonder sur la connaissance de l'être, la préoccupation du juste se dissout dans celle du bon et du vrai. Le non droit cesse d'être l'ouverture à l'équité ménagée par un droit principiel et flexible, pour devenir la source même de la norme de jugement" (p.115). La limite est subtile entre cette apparente démission de la justice et son intervention plus

secondarisée, plus décentralisée, procéduralisée. Essayons de caractériser cette nouveauté de ce qui émerge à présent.

Le phénomène nouveau c'est le mouvement de *dépositivisation du savoir* qui préside à l'acte de juger. enfin, La justice devient un acte interactif: il ne s'agit plus seulement de consulter les parties mais de les associer et d'explorer avec eux les voies du possible. D'où un nouveau statut du sujet de droit.

Ainsi s'établit une distance par l'introduction de deux pôles, de deux points qui n'était pas possible tant que le sujet juridique et l'individu psychologique étaient confondus. "Au fond, remarque très pertinemment Denis Salas, l'enjeu de la reconquête de ce terrain perdu par le droit pénal est de réintroduire une distance entre l'individu dans sa dimension psychique et la personne juridique titulaire de droits et de devoirs. Laisser le mineur croire qu'il est toujours psychologiquement faible et juridiquement incapable, abandonner le "dément" à son seul statut de malade mental, c'est nier la fonction instauratrice du sujet par le droit... Le droit pénal devrait dire à l'individu que sa personnalité n'est pas mesurable seulement à son individualité; qu'elle lui donne un statut social et civique au-delà de sa personne privée; qu'elle porte sur la part de lui-même qui est créancière et débitrice de multiples façons à l'égard de la société..." ()

Nouveau rapport à la réalité plus secondarisé, décentralisé (Teubner). On pourrait dire qu'à présent ce n'est ni le droit, ni le non-droit mais la procédure qui va être mise en avant. Il se produit une sorte de *régression de l'intérêt de la justice de la solution elle-même vers les manières d'y parvenir*, c'est-à-dire vers la procédure. L'acte de juger et la figure de la délibération de l'échange organisé d'arguments et le sujet de droit semblent devenir la forme paradigmatique de cette nouvelle rationalité juridique.

3) Une nouvelle exigence éthique

Nouveau rapport à l'éthique d'autre part: on constate la réinscription d'une exigence normative: le respect du droit des sujets doit être pensée de manière qui ne soit pas formaliste. Tout jugement peut être défini comme un *dire public* (même en matière familiale). Et son énonciateur continue de mériter le nom de juge s'il garantit les intérêts de la justice non plus simplement par le simple truchement d'une règle de droit comme auparavant mais en entretenant avec la réalité qui lui est soumise un rapport de type nouveau à la fois plus concret et plus soucieux de la matérialisation de certains *principes*. C'est d'ailleurs ce qui le distingue du juge précédent: il retrouve le continent éthique mais d'une manière différente, hors la médiation exclusive de la règle.

Parler de droit flou est ni plus ni moins qu'une tautologie. Si on ne veut pas réduire le jugement à un acte politique ou à une simple performance sociale, il faut lui reconnaître la qualité de dire public, et donc une possibilité de contrôle de la part du public. Si on ne veut pas le limiter à une simple prise de pouvoir, à un arbitraire, il faut lui demander de contenir en lui-même les possibilités d'un contrôle intellectuel par la motivation et l'argumentation. Le juge ne peut gagner sur les deux tableaux: avoir les avantages du positivisme (en termes de protection, de confort, etc.) et les avantages d'un droit plus jurisprudentiel, plus procédural! Idem pour sa légitimité: n'avoir qu'une légitimité technique pur un métier qui ne l'est plus, l'interrogation éthique: refuser tout contrôle autre que juridictionnel comme

II. RECONSTRUCTION DE L'ACTE DE JUGER

Les deux modèles dont on dispose et que l'on oppose traditionnellement: matériel et formel s'avèrent insuffisants et ne pas vouloir sortir de cette alternative revient à enfermer le débat et à se trouver "en bout de technologie". La contestation de l'Etat social qui s'exprime sous deux formes:

- Soit sous le retour au droit libéral (bannière des "civil rights"): il y a abus du juge qui bafoue les droits formels: revendication du "due process" du respect du droit des sujets, du droit des mineurs. Le modèle de l'Etat social est contesté dans le vieux langage centré sur la règle.

- Soit derrière la recherche d'un nouveau modèle.

Alors que le positivisme prétendait réduire l'acte de juger à une seule opération intellectuelle, nous sommes mis en demeure de ré-approcher l'ensemble avec le secours des disciplines qui ont vocation pour cela: la philosophie (trouver une nouvelle rationalité à l'acte de juger), l'anthropologie et la science politique; ces trois disciplines ne sont pas des sciences sociales ou humaines comme les autres elles se posent toutes comme sciences des sciences, comme fédératrices: attributrice de places pour la philosophie, retrouver un substrat commun à l'humanité et refonder la démocratie à partir -et non pas en faisant abstraction- de ces acquis. L'anthropologie, en effet, risque de tomber dans le même piège que le positivisme et ne plus voir dans l'acte de juger que la figure désincarnée du tiers toute aussi illusoire que la forme hégémonique de la règle sous le positivisme. Le tout doit donc récapitulé sur fond d'exigence démocratique.

A. RECOMPOSITION DANS UNE NOUVELLE RATIONALITE JURIDIQUE ?

Le modèle de justice qui se profile ainsi à l'horizon n'est pas nécessairement désespérant: ni prolongement de la de l'Etat-providence dont nous sortons, ni retour pur et simple au modèle ancien de la justice formelle dont nous ne voulons plus, il pourrait être *un produit de synthèse* entre ces deux modèles dont nous n'avons pas seulement encore totalement saisi la composition. On comprend alors que cette opposition entre droit formel et droit de l'Etat social n'est pas totalement pertinente et qu'on assiste bien à la naissance d'un *nouveau modèle*.

Il ne faut pas se laisser aveugler par un nouveau modèle de rationalité juridique que l'on qualifie de procédural (Lenoble), réflexif (Teubner) ou décentralisé. Les yeux sont attirés par ce qui remue et qu'ils voient moins ce qui est fixe. Il s'agit de penser l'articulation entre des formes d'actes de juger et ne pas croire que ces formes sont à présent uniques et qu'elles ont remplacé toutes les autres.

Il ne s'agit pas d'un troisième modèle qui viendrait s'empiler, voir chasser les deux précédents mais bien plutôt d'une nouvelle manière de concilier les deux autres. Après avoir décomposé l'acte de juger en trois opérations, en trois dimensions dissociables intellectuellement, c'est dans l'articulation entre ces trois dimensions que l'on peut trouver le nouveau modèle. Le positivisme proposait une certaine combinaison, cette nouvelle rationalité juridique en propose une nouvelle. Laquelle? La modernité ne doit pas nous aveugler ni faire oublier l'essentiel qui reste une conciliation des impératifs anthropologiques "incontournables", d'un droit positif écrit et d'une nouvelle légitimité politique. On ne peut, en effet, penser le juge que sur fond d'exigence démocratique.

B. INCONTOURNABLE ET DANGEREUSE FONCTION SYMBOLIQUE

La dimension symbolique décidément essentielle se retrouve dans les deux problèmes que nous avons identifiés: le retour d'une symbolique sous forme de ce que Rials appelle l'idolâtrie du juge et sous forme d'une fonction symbolique défaillante pour les sujets.

L'anthropologie est un refuge, une identité de repli pour un acte de juger qui n'arrive plus à se fonder sur la loi et dont toute la légitimité s'effondre, vacille du fait du déclin du positivisme. Il faut alors ne pas tomber dans ce piège qui est tendu à l'anthropologie.

C'est là que l'anthropologie rejoint la théorie du droit (ce qui donne tout l'intérêt à ce séminaire en tentant de dégager ce lien): elle vient en secours d'une incapacité à penser la totalité de l'acte de juger. L'anthropologie peut nous permettre de mieux distinguer l'invariant de l'acte de juger de ses transformations dans la modernité. Le substrat anthropologique c'est ce qui reste lorsque le discours idéologique l'abandonne. Mais il s'agit, faut-il le dire, d'une perspective très trompeuse et qui peut s'avérer oppressante. D'où la nécessité de s'arrêter un peu sur le statu quo qu'il faut accorder au symbolique. La forme même de l'acte de juger semble contenir une certaine force légitimante qui la distingue radicalement des autres décisions politiques ou administratives. On a vite fait de s'engouffrer dans cette justification en entérinant une sorte de *sacralité* de la juridiction dénoncée par Rials () ou Paul Thibaud () et bien d'autres. Nous sommes ainsi invités à ne sombrer dans l'idolâtrie du juge après l'avoir maintenu dans un état de minorité politique. Ne pas célébrer naïvement le retour du droit ou du juge après avoir célébré le règne absolu de la règle. L'entrée en scène du juge est peut-être beaucoup moins menaçante que cette sorte de sacralité qui l'entoure et qui tendrait à le rendre inaccessible à toute critique.

Il faut penser le droit avec le symbolique et non pas de manière dogmatique comme le faisait le positivisme publiciste français, c'est-à-dire le penser avec les hommes et avec le social et leur "liant" qui est le propre du symbolique. La démocratie se conquiert contre l'illusion, contre toutes les illusions -aussi bien dogmatiques que fétichistes- mais peut-être doit-elle partir d'un *donné acte au symbolique*. La démocratie, c'est à la fois l'attestation et la contestation de cette autonomie, une attestation et une contestation de cette fonction qui ne peut être complètement tierce, de cette opération qui ne peut être entièrement rationalisable, de cette performance sociale avant tout symbolique.

Les risques d'une sacralisation de la fonction de juger

Risque d'éloignement tout d'abord par la création d'une nouvelle cléricature de "gens du droit": à tout juridiciser, on risque de ne concevoir les acteurs de la vie démocratique que comme des techniciens de l'administration qui produisent des normes en interaction avec des groupes de pression spécialisés dans la défense des intérêts, le tout sous l'arbitrage d'un juge qui est lui aussi un technicien (p.152): "assurant pas son arbitrage la régulation du système qui se profile, ce tiers impartial compense par la légitimation du droit le "déficit démocratique" affectant désormais vouée à la gestion, et il fournit ainsi à la société la référence symbolique que la représentation nationale lui offre de moins en moins". Cela aboutit à une dévalorisation du rôle du citoyen confiné à être un consommateur-producteur, un téléspectateur ou un plaideur. Cela justifie en creux le besoin qui s'exprime à travers la médiation ou d'autres nouvelles formes sociales: déficit qui va chercher compensation dans un exercice plus direct de la citoyenneté.

Risque d'angélisme ensuite, c'est-à-dire d'occultation du politique. Le juge paraît devenir une échappatoire commode pour les apories de notre modernité: le politique se défausse sur lui, tout comme la famille, les politiques sociales ou la morale. Il a l'avantage du spectacle et donc de la visibilité qui n'est pas mince dans une société de l'image. Comme si la judiciarisation était une défaite du politique; qu'il s'agissait d'une juridicisation par défaut, s'en remettant au juge faute d'être en mesure de régler les problèmes par le droit produit par un socius responsable et capable de délibérer sur ses propres lois, bref qu'il s'agissait plus d'une faillite du politique que d'un progrès du juridictionnel. Mais il s'agirait là d'un abus de la forme du procès d'un tirage sur ses batteries symboliques comme si un Etat exsangue ne pouvait plus compter que sur cette forme vide?

Risque de statisme enfin, voire de conservatisme: il n'est pas dans la nature d'une juridiction d'innover en dépit des promesses de la Cour suprême américaine en matière de droits civiques au risque d'entretenir l'illusion de faire régler par le juge ce qui relève de la responsabilité politique" (p.155). Il faut garder au droit sa minceur et à l'intervention du juge un caractère exceptionnel: or, il a eu tendance à administrer le social ou la famille par exemple. Les juges et les journalistes partagent ce même statut de contre-pouvoir: il peuvent empêcher de gouverner mais non gouverner eux-mêmes: les juges sont dans l'incapacité de "substituer une véritable dynamique politique à celle dont il élague les manifestations" (Rials, p.179).

C. REPENSER LA LEGITIMITE DU JUGE

Prendre acte de cette autonomie du juge invite réciproquement à repenser l'autonomie du politique: prendre acte du pouvoir créateur ne doit pas faire oublier le contrôle, souligner la position de tiers du juge par rapport à la communauté politique ne doit pas en faire oublier ses liens à son égard, retrouver le symbolique aboutir à négliger la performance.

Le respect des territoires respectifs et les conflits qui pourraient naître à ce sujet doivent pouvoir être arbitrés à leur tour: il faut trouver un tiers au tiers; le juge ne doit jamais être considéré comme un tiers absolu. Le tiers absolu n'existe pas; la position d'un

tiers désincarné est aussi illusoire et folle que celle d'un juge sans références: il est dedans et dehors à la fois: il participe de la même communauté humaine et politique qu'eux (cf. P.Raynaud), il appartient au même auditoire universel?

Il est par exemple difficile de voir dans le juge constitutionnel un véritable tiers: "il est plutôt problématique de voir, dans le juge constitutionnel, un organe occupant une position véritablement tierce par rapport à l'organe parlementaire dont il a la prétention de juger les actes -ni même une position éminente puisqu'il est, ni plus ni moins que lui, un simple organe constitué ... Le contrôle qu'il exerce sur celui-ci [l'Etat] revient évidemment à un contrôle que l'Etat exerce sur lui-même" (p.173).

On est donc pris dans une contradiction majeure: *nécessité d'un tiers, impossibilité d'un tiers*: ce dernier ne pourra se hisser à ce statut que grâce à une ascèse personnelle, une éthique mais qui ne suffit pas et qui doit se laisser voir dans une instance qui la contrôle effectivement.

Comment trouver la juste place du juge? Comment mettre en place des mécanismes qui rendent moins inaccessible son action tout en respectant son point de vue tiers sans retomber pour autant dans un légicentrisme qui n'est plus acceptable? Il faut comprendre la justice constitutionnelle "non comme le truchement d'un sacré mal placé, mais comme une pièce précieuse d'agencements institutionnels libéraux, le parachèvement de *checks and balances* sophistiqués, l'ultime apport d'une ingénierie politique désacralisée qui a su briser l'idolâtrie de la loi et doit étudier désormais celle de la décision juridictionnelle" (Rials, p. 181).

L'indépendance doit être pensée à la fois comme liberté et comme lien, voire comme un double lien, une double délégation comme nous l'explique Robert Jacob. Il faut reprendre cette question dans l'histoire plus longue: on éprouve de la difficulté à identifier la nature du second lien, c'est-à-dire du référent interne du juge mais qui n'est pas pour autant subjectif, comme le fut la référence à Dieu autrefois, puis celle du droit naturel, bref du méta-droit qui donne cohérence à l'édifice et qui permet au juge d'invoquer une autre référence que lui-même pour condamner l'Etat qui lui donne sa délégation première. Plusieurs philosophes ont dégagé la nécessité de cet espace démocratique ainsi né de cette double dimension, ce lieu vide de la Loi (M.Gauchet), de l'écart démocratique (Claude Lefort), de la référence (Pierre Legendre).

CONCLUSION

On voit que l'acte de juger se trouve au coeur de la modernité et que l'on ne pourra retrouver de sens à cet acte capital, constitutif du socius et garant de son fonctionnement qu'à la condition de s'ouvrir à d'autres formes de savoir. D'où l'intérêt pour nous autres juristes - surtout en France- d'écouter ce que les non juristes et tous les citoyens ont à nous dire. Enfin.

Antoine Garapon