



TABLE DES MATIERES

EDITORIAL	1
COMPTE RENDU DE DIVERS CAS	
Ghana	3
Soudan	5
ACTIVITES DES ASSOCIATIONS D'AVOCATS	
Union des avocats arabes	8
Union judiciaire colombienne	15
ARTICLES	
De la honte de ne pas être militant: réflexions sur le militantisme judiciaire	
<i>Upendra Baxi</i>	22
Les magistrats en Afrique du Sud: brebis galeuses ou albinos?	
<i>Jeremy Sarkin-Hughes</i>	36
DOCUMENTS	
Déclaration d'Harare sur les droits de l'homme	47
Déclaration de Grenade sur le pouvoir judiciaire et les droits de l'homme dans le Commonwealth antillais	53
La représentation juridique en Irlande du Nord: rapport d'une délégation internationale d'avocats	56
ACTIVITES DES NATIONS UNIES	63
HARCELEMENT ET PERSECUTION DE MAGISTRATS ET D'AVOCATS	66

CENTRE POUR L'INDEPENDANCE DES MAGISTRATS ET DES AVOCATS (CIMA)

Le Centre pour l'Indépendance des Magistrats et des Avocats a été créé par la Commission internationale de juristes en 1978 pour contrer les graves empiétements sur l'indépendance de la magistrature et de la profession d'avocat en:

- promouvant à l'échelle mondiale la nécessité fondamentale d'une magistrature et d'une profession d'avocat indépendantes
- organisant un soutien pour des magistrats et des avocats qui sont harcelés ou persécutés.

Il est soutenu financièrement par des contributions d'organisations de juristes et par des fondations. Cependant il reste à combler un déficit substantiel. Nous espérons que les barreaux et autres organisations de juristes, préoccupés du sort de leurs collègues dans le monde, décideront de nous fournir l'aide financière indispensable à la survie du Centre.

Affiliation

Les affiliations d'organisations de magistrats, d'avocats et de juristes seront les bienvenues. Nous invitons les organisations intéressées à écrire au Secrétaire du CIMA, à l'adresse ci-dessous.

Contributions individuelles

Les particuliers peuvent apporter leur soutien aux activités du Centre en contribuant à son financement par une cotisation annuelle égale ou supérieure à 200 FS. Ils recevront toutes les publications du Centre et de la Commission internationale de juristes.

Souscription au Bulletin du CIMA

Le montant de l'abonnement au Bulletin semestriel est de 15 FS par an (expédition par voie de surface) ou de 18 FS par an (expédition par avion). Tout versement peut être effectué en francs suisses ou dans une autre monnaie pour un montant correspondant, soit directement par chèque payable à l'étranger, soit par l'intermédiaire d'une banque à la Société de Banque Suisse de Genève, compte No 142.548; à la National Westminster Bank, 63 Piccadilly, London W1V OAJ, compte No 11762837; ou à la Swiss Bank Corporation, 4 World Trade Center, New York, NY 10005, compte No 0-452-709727-00. Des factures proforma peuvent être adressées, sur leur demande, à toute personne se trouvant dans un pays connaissant des restrictions au contrôle des changes, afin de leur faciliter l'obtention d'une autorisation.

*Les abonnements et les renseignements doivent être envoyés au
CIMA, B.P. 120, CH-1224 Chêne-Bougeries/Genève, Suisse*

EDITORIAL

Le juge Bhagwati à la tête du Conseil du CIMA

Le directeur du CIMA a annoncé, le 14 août 1989, la création d'un Conseil consultatif chargé d'aider le CIMA dans l'exécution de son travail. Le président du Conseil consultatif est P.N. Bhagwati, ancien président de la Cour suprême de l'Inde. Parmi les autres membres du Conseil, dont on trouve la liste en troisième page de couverture, on relève des présidents de Cours suprêmes en exercice et des représentants des principales associations du barreau internationales et régionales.

Le juge Bhagwati est l'un des plus éminents soldats de la justice de notre époque. Pendant son mandat à la Cour suprême de l'Inde, il a contribué à transformer celle-ci d'"une arène pour les arguties juridiques d'hommes à la bourse bien garnie" (pour reprendre les termes d'un jugement rendu en 1973) en un instrument au service de la majorité opprimée. Il a encouragé les procès d'action sociale et introduit la "démocratisation des moyens de recours" en rendant la procédure judiciaire accessible aux couches de la population exclues de l'appareil judiciaire trop cher. Nous sommes extrêmement heureux de l'avoir persuadé d'occuper la présidence du Conseil.

Nous sommes encore plus heureux de l'engagement avec lequel il s'est déjà mis à la tâche. Le jour même de sa nomination, le juge Bhagwati, en annonçant la publication du rapport du CIMA sur "le harcèlement et la persécution de magistrats et d'avocats", a lancé un appel émouvant à la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités pour que celle-ci prenne des mesures favorisant le respect et l'indépendance du pouvoir judiciaire ainsi que la protection des avocats exerçant leur activité. En réponse, la Sous-commission a prié son expert français, M. Louis Joinet (également membre du Conseil consultatif du CIMA), d'étudier les voies et moyens permettant à la Sous-commission d'accomplir ces tâches. Deux semaines plus tard, le juge Bhagwati s'est rendu à la Grenade pour faire une importante intervention au séminaire du CIMA sur "le pouvoir judiciaire et les droits de l'homme

dans le Commonwealth des Caraïbes". A cette occasion, il a exhorté les hauts magistrats et les procureurs généraux présents "à traduire le discours des droits de l'homme dans la réalité". Toutes ces activités ont été relatées séparément dans ce numéro du Bulletin. Il a ensuite rédigé une lettre à l'intention des associations du barreau et des hauts magistrats dans le monde, leur demandant de joindre leurs efforts à ceux du CIMA afin de promouvoir l'indépendance du pouvoir judiciaire et de la profession d'avocat; il est ensuite retourné en Inde pour organiser le séminaire que le CIMA consacre aux juges de la Haute cour.

Nous nous réjouissons de travailler avec le juge Bhagwati et les autres membres du Conseil consultatif pour relever les défis difficiles et importants qui nous attendent.

COMPTE RENDU DE DIVERS CAS

GHANA

Dirigeants de l'Association du barreau détenus:

Conférence biennale de l'Association du barreau africain annulée

Le président et d'autres dirigeants de l'Association du barreau du Ghana ont été détenus au Ghana en juin, et le gouvernement de ce pays a annulé la Conférence biennale du barreau africain qui devait se réunir du 17 au 22 septembre 1989.

M. Peter Ala Adjetey, président de l'Association du barreau, et M. Nutifafa Kuenyehia, secrétaire du barreau national, ont été respectivement détenus du 23 juin au 7 juillet 1989 et du 27 juin au 14 juillet 1989. Ils auraient été gardés en détention rigoureuse et auraient passé de longues périodes dans le noir absolu ou dans des pièces fortement illuminées. Les deux dirigeants d'associations du barreau ont été libérés plus tard sans inculpation, à la suite de vives protestations du CIMA, de l'Association du barreau international et d'Amnesty International. Un ancien président de l'Association du barreau, Sam Okudzeto, a également été détenu à deux reprises sans jugement.

Peter Adjetey avait déjà été détenu en vertu de la loi 4 de 1982 du Conseil provisoire de défense nationale (PNDC) et avait demandé son abrogation, à l'occasion de la Conférence de l'Association du barreau en 1987. Aux termes de la loi 4, toute personne peut être détenue indéfiniment sans inculpation ou jugement si le PNDC (présidé par le Capitaine J.J. Rawlings qui s'est emparé du pouvoir en 1981, à la suite d'un coup d'Etat) estime que c'est dans l'intérêt de la sécurité nationale. Bien qu'elle fut adoptée le 2 mars 1982, cette loi a été appliquée avec effet rétroactif au 2 janvier 1982, dans le but de "légaliser" la détention de 492 ministres et responsables de partis issus du gouvernement précédent et de l'opposition.

La détention des deux dirigeants de l'Association était liée à des conférences commémoratives qui devaient être données à la fin du mois de juin à la mémoire de trois juges de la Haute cour et d'un officier de l'Armée retraité, enlevés et assassinés le 30 juin 1982.

Le meurtre en 1982 des trois juges, Cecilia Koranteng-Addo, Fred Sarkodee et K. Agyepong, est un sujet qui soulève la passion. Avant leur mort, les trois juges avaient ordonné la remise en liberté d'un certain nombre de prisonniers de sécurité. Le PNDC s'abstint de juger un de ses membres et le chef des services de sécurité du Ghana, qui faisaient partie d'un groupe de dix suspects dont la poursuite en justice avait été recommandée par une Commission spéciale d'enquête désignée par le PNDC. D'autres suspects, arrêtés pour le meurtre des juges, furent inculpés, jugés et exécutés peu après sans aucune représentation juridique ni aucun droit d'appel. Le haut fonctionnaire de police chargé d'enquêter sur le meurtre fut plus tard emprisonné sur des accusations apparemment forgées, comme ce fut le cas pour un médecin de la police qui avait refusé de falsifier des conclusions post mortem visant à déguiser des preuves de torture.

Le PNDC a accusé l'Association du barreau du Ghana de poursuivre des objectifs purement politiques et l'annulation de la 6ème Conférence biennale de l'Association du barreau africain doit être perçue à la lumière d'autres événements que l'on vient de citer. Les autorités du Ghana, qui avaient dans un premier temps donné leur accord pour la tenue de cette conférence tant attendue, ont annulé la conférence à la dernière minute, après que plusieurs participants furent déjà arrivés à Accra. Dans une correspondance adressée à l'Association du barreau du Ghana, le gouvernement invoqua des considérations financières et déclara que, "à la suite de nouveaux engagements, il est souhaitable d'espacer toutes les conférences internationales prévues au Ghana d'ici à la fin de 1990, afin de procéder à un inventaire complet et à la remise en état des actuels équipements de conférence."

Selon la presse gouvernementale du Ghana, cette conférence devait servir à "lancer une campagne de déstabilisation visant à saboter l'économie, à provoquer l'agitation sociale et la violence." Des allégations véhiculées

par la presse ont fait état de rencontres à Londres entre Adjety et des représentants d'Amnesty International et de l'Ambassade des Etats-Unis qui lui ont prodigué conseils et soutien dans ses soi-disant projets de renversement du PNDC. Le président de l'Association du barreau a refuté ces allégations, en concluant que "ces publications doivent avoir été influencées ou inspirées par des personnes animées de mauvaises intentions à l'égard de ma personne ou à l'égard de l'Association du barreau du Ghana ou de ses dirigeants actuels, et qui se servent de la 6ème Conférence biennale de l'Association du barreau africain, dont le thème est consacré aux droits de l'homme, pour nous dépeindre comme des ennemis du gouvernement et nous faire éliminer ou détruire."

SOUDAN

Detention de membres du barreau et révocation de juges à la suite d'un coup d'Etat

Le 30 juin 1989, le Conseil révolutionnaire de salut national (CRSN) dirigé par le Général de brigade (promu plus tard Général de corps d'armée) Omar Hassan al Bachir a pris le pouvoir au Soudan, après un coup d'Etat sans effusion de sang qui a renversé le gouvernement élu du Premier ministre Sadikh el Mahdi.

A la suite de ce coup d'Etat, le nouveau gouvernement a emprisonné la plupart des dirigeants politiques. L'ensemble du haut commandement des forces armées a été limogé et tous les partis politiques, d'autres associations non religieuses et les journaux ont été interdits.

Les membres exécutifs de l'Association du barreau soudanais, Moustapha Abdelkadir, Sadikh Al-Chami et Jellal Edin Al-Sayed, ont été arrêtés au début d'août 1989 après avoir protesté contre la dissolution de l'association du barreau par le gouvernement.

Bien qu'ils n'aient pas été formellement inculpés, on a de fortes raisons de croire que les dirigeants de l'association du barreau ont été arrêtés et détenus uniquement pour avoir protesté de la dissolution de l'association

du barreau et de la suspension par le gouvernement des activités des syndicats et des associations professionnelles à la suite du coup d'Etat. Le 31 juillet, l'association du barreau et d'autres associations ont présenté au gouvernement un mémorandum s'élevant contre la suppression des syndicats et demandant au gouvernement de permettre à l'Association du barreau soudanais et aux syndicats de participer à la rédaction d'une nouvelle loi proposée par le gouvernement et concernant les syndicats. En outre, le mémorandum demandait instamment au gouvernement de respecter les instruments internationaux ratifiés par le Soudan.

Un autre juriste éminent, le Dr. Amin Mekki Medani, a été arrêté le 7 septembre et est également détenu sans inculpation. Le Dr. Amin Mekki Medani était membre exécutif de l'association du barreau et vice-président de l'Organisation soudanaise des droits de l'homme. Il avait été un critique virulent des peines prévues par la loi islamique.

Le juge Nimeiri d'Omburman a été arrêté au cours de la semaine du 14 août 1989. L'on croit que son arrestation est due au fait qu'il a ajourné toutes les séances du tribunal qu'il dirigeait pendant une semaine pour protester de l'ingérence du gouvernement dans le système judiciaire.

Outre ces arrestations, au moins 300 autres personnes ont été détenues au Soudan depuis le coup d'Etat.

Le 28 août, le CIMA a écrit au gouvernement soudanais pour lui exprimer sa préoccupation concernant la détention de ces personnes et pour demander qu'elles soient inculpées ou libérées.

Le nouveau gouvernement militaire a aussi révoqué au moins 57 juges qui s'étaient élevés contre les violations des droits de civils jugés dans des tribunaux militaires d'exception.

Le 4 juillet 1989, le (CRSN) a annoncé la mise en place de ces tribunaux d'exception pour juger les membres du gouvernement précédent, en vertu des lois sur le profit injustifié, la corruption et la sédition. Les chambres des tribunaux sont composées de trois militaires ou toute personne désignée par le CRSN. Si ces tribunaux prononcent une condamnation à la

peine de mort, une peine de prison d'un an ou plus, ou une amende de 10.000 livres soudanaises ou plus, l'on peut interjeter appel auprès d'une cour d'appel dont la décision est sans appel, à la réserve que le Général de corps d'armée Omar al Bachir doit approuver la peine de mort. Les tribunaux ont compétence pour imposer des peines qui comprennent l'amputation, la lapidation, les coups de fouet et la crucifixion.

Le 12 août, le premier tribunal s'est réuni pour juger l'ancien vice-président du Conseil d'Etat, Idriss el Banna, mais a renvoyé l'affaire. Le 21 août, une grève du pouvoir judiciaire a été organisée et d'autres juges ont été révoqués et 20 d'entre eux détenus. Le 25 août, les juges ont présenté un mémorandum au CRSN pour protester des révocations et de la mise en place des tribunaux d'exception, déclarant qu'ils ne pouvaient pas être indépendants tant qu'il y aurait parmi leurs membres des officiers de l'armée. Depuis lors, d'autres juges ont été démis de leurs fonctions.

Le 2 septembre, Idriss el Banna a été accusé de corruption et de détournement de matériels de construction de routes. On lui a accordé 4 jours pour préparer sa défense et il n'a eu droit à aucune représentation juridique, sauf la présence d'un "ami" au tribunal. Le procès a duré 2 heures au cours desquelles le défendant a été verbalement injurié par les membres du tribunal. Il a récusé le tribunal, en déclarant qu'un tribunal militaire n'avait pas le droit de juger un civil; mais il a néanmoins été jugé coupable et condamné à 40 ans de prison.

Il a été rapporté que Awad el Gid, influent juré islamique et architecte de l'introduction de la loi islamique au Soudan en 1983, aurait été chargé de nommer de nouveaux juges pour remplacer ceux qui ont été révoqués.

Il est clair que le nouveau gouvernement militaire s'est fixé l'objectif d'écartier tous les membres indépendants du pouvoir judiciaire séculier qui sont en place depuis que le Soudan a acquis l'indépendance, et de les remplacer par des militants islamiques nommés par le gouvernement pour suivre ses instructions.

ACTIVITES DES ORGANISATIONS DE JURISTES

Union des avocats arabes

L'Union des avocats arabes, qui regroupe les associations de barreau du monde arabe, a tenu sa 17ème Conférence du 19 au 22 juin 1989 à Damas, Syrie. Plus de 2.000 avocats se sont réunis en session plénière et au sein de dix commissions spéciales. Le directeur du CIMA a participé à la conférence et est intervenu dans les débats des commissions sur les droits de l'homme et sur l'indépendance des magistrats et des avocats. Ci-dessous nous reproduisons la résolution de la Commission sur l'indépendance des magistrats et des avocats, telle que traduite par le CIMA.

L'indépendance du pouvoir judiciaire

Un des principes bien enracinés dans la conscience humaine est celui de l'indépendance du pouvoir judiciaire et des juges. Cette indépendance est contenue dans les déclarations internationales et les pactes relatifs aux droits de l'homme, y compris la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui stipule le principe de l'égalité devant la loi et le droit de chaque individu à un procès équitable et public devant un tribunal ordinaire, indépendant et impartial. Ces tribunaux devraient être constitués dans le respect de la loi et des pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme et de la Déclaration universelle sur l'indépendance de la justice, adoptée à Montréal (Canada) en 1983. La plupart des constitutions et des lois fondamentales dans le monde garantissent l'indépendance du pouvoir judiciaire, considérée comme la base de la sauvegarde de la justice dans la société.

La sauvegarde et la protection de cette indépendance dans un pays signifie, dans la théorie et dans la pratique, la réalisation de la démocratie et la garantie des droits de l'homme. C'est également une indication de la stabilité politique et sociale d'un pays.

A cause de la disparité, dans plusieurs pays, entre ces textes et principes et la réalité de l'indépendance du pouvoir judiciaire et des juges, la conférence a rappelé avec insistance ses précédentes résolutions et recommandé les résolutions suivantes:

1. Garantir dans les constitutions et lois fondamentales des pays arabes l'indépendance effective du pouvoir judiciaire et sa séparation des branches exécutive et législative. Garantir également l'indépendance des juges et des membres des institutions judiciaires, rattacher les procureurs au pouvoir judiciaire et leur assurer des garanties et immunités qui les protègent de toute intervention intempestive des pouvoirs législatif ou exécutif. Il devrait être stipulé dans les constitutions que le pouvoir judiciaire est une branche du gouvernement et non un de ses services, et que les juges obéissent à la loi nationale et non pas à la loi des fonctionnaires. Les juges ne doivent se soumettre à aucune autre branche. Ils doivent se conformer à la loi, obéir à leur honneur et à leur conscience, et appliquer ces règles dans la lettre et dans l'esprit. Les Etats devraient adopter des mesures dissuasives et des lois qui punissent tout individu cherchant à saper l'indépendance du pouvoir judiciaire et des juges. Les Etats qui ont incorporé ces principes dans leurs constitutions et lois fondamentales devraient veiller à leur application correcte.

2. Limiter le droit de nomination, de promotion, de discipline, de révocation et de retraite forcée, et d'octroi de pensions au pouvoir judiciaire sur la base de critères déterminés et en accord avec le principe d'indépendance du pouvoir judiciaire, et prémunir ce dernier de toute intervention des pouvoirs législatif ou exécutif.

3. Insister sur le droit du pouvoir judiciaire de se prononcer sur la constitutionnalité des lois promulguées par les pouvoirs législatif et exécutif.

4. Garantir aux juges des salaires et indemnités conformes à leur position, leur dignité et leurs responsabilités. Leur assurer, ainsi qu'à leurs familles, des revenus décents. Leur assurer des pensions de retraite, et réajuster périodiquement leur salaire et indemnités en fonction de l'inflation.

5. Accorder aux juges l'immunité légale et des garanties propres à assurer leur neutralité et l'exercice de leurs fonctions en toute impartialité. S'abstenir de les démettre de leurs fonctions sans leur consentement. Ces garanties et immunités devraient assurer leur sécurité et celle de leurs familles pendant l'exercice de leurs fonctions et après leur retraite.

6. Définir, pour la sélection et la nomination des juges, des conditions spécifiques fondées sur la bonne conduite et les capacités professionnelles et morales, sans distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions, la richesse, les revenus, les liens de parenté ou la position sociale. La sélection ne devrait être déterminée qu'en fonction des capacités personnelles.

7. On devrait éviter de confier aux juges des activités qui sont du ressort du pouvoir exécutif sans leur consentement et celui du pouvoir judiciaire.

8. Garantir aux juges, ainsi qu'à leurs familles, une assurance-maladie et des avantages sociaux tels que logement et autres commodités.

9. Créer des institutions spéciales dans les pays arabes pour la formation des nouveaux juges, mettre sur pied des programmes consacrés aux droits de l'homme. Introduire des moyens modernes de coordination des activités dans les domaines de l'administration de la justice et de la jurisprudence dans les pays arabes. Les juges devraient participer aux conférences et symposiums juridiques tant dans les pays arabes qu'à l'étranger.

10. Créer des centres de recherche sur les questions juridiques dans chaque pays arabe et en assurer la coordination de manière à uniformiser les règles, la législation et les systèmes judiciaires dans les pays arabes.

11. Démanteler tous les tribunaux d'exception, sous quelque nom qu'ils se présentent, dans les pays arabes.

12. Instituer au sein de l'Union des avocats arabes des comités permanents chargés d'enquêter sur les violations de ou ingérences dans l'in-

dépendance du pouvoir judiciaire et de la profession juridique dans les pays arabes.

13. Placer sous la supervision exclusive du pouvoir judiciaire toutes les prisons, les centres d'arrêt et de détention, les départements d'investigation criminelle, la médecine légale et toutes les autres institutions liées à la justice, ainsi que leur personnel.

14. Alléger le grand volume de travail des juges en augmentant leur nombre, et en répartissant le travail entre eux de façon égale.

15. Respecter et appliquer les décisions de justice contre les institutions de l'Etat. S'abstenir de promulguer des lois qui entravent leur application.

16. Améliorer le système d'assistance juridique.

17. Confier au seul pouvoir judiciaire la décision de prolonger le service judiciaire pour ceux qui ont atteint l'âge officiel de retraite, afin de bien marquer le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Insister sur le droit des juges de démissionner si telle est leur volonté.

18. S'abstenir de recourir à des lois d'urgence et martiales dans des affaires relevant de la compétence du pouvoir judiciaire.

19. Fonder la promotion des juges sur une évaluation objective de leur conduite, de leurs capacités professionnelles, de leur expérience et de leur respect de la primauté du droit et des droits de l'homme. Seul le pouvoir judiciaire serait à même de mener à bien cette tâche.

20. Pour les sanctions et révocation des juges, faire appel au seul pouvoir judiciaire qui organise un jugement à huis clos donnant aux juges la possibilité de se défendre et de prouver leur innocence. Aucun juge ne devrait être révoqué sans qu'on ait apporté la preuve de la faute professionnelle ou morale qu'on lui reproche.

21. La Conférence recommande au Conseil des ministres arabes de la justice et à la Fédération des députés arabes l'élaboration d'un programme

arabe en vue de l'uniformisation des systèmes judiciaires dans les pays arabes, assorti de garanties et de l'immunité, propres à renforcer, en théorie comme en pratique, l'indépendance du pouvoir judiciaire.

22. Limiter la compétence des tribunaux militaires aux seuls délits militaires. Donner une formation juridique aux juges militaires, garantir leur indépendance et neutralité et permettre que leurs décisions puissent être cassées par les tribunaux ordinaires.

L'indépendance de la profession juridique

La profession juridique est un élément fondamental de la justice et un des principaux piliers de la liberté et de la justice.

L'indépendance de la profession juridique est une garantie fondamentale pour la protection et la consolidation du droit à la défense, droit de l'homme fondamental reconnu dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans d'autres instruments internationaux. La sauvegarde de l'indépendance de la profession juridique et de ses institutions, y compris le barreau et autres associations, est un élément fondamental pour l'établissement de la primauté du droit. En conséquence, la conférence propose les recommandations suivantes:

1. Incrire dans toutes les constitutions et lois fondamentales, en particulier dans les lois relatives à la profession juridique dans les pays arabes, l'indépendance de la profession juridique et de ses institutions, y compris le barreau et autres associations. Les conseils desdites organisations devraient être élus par le barreau général, de manière démocratique et libre. Les avocats devraient jouir de garanties et de l'immunité juridiques leur permettant d'accomplir leurs devoirs professionnels en toute liberté, sans aucune pression, ingérence ou menace de quelque origine ou pour quelque raison que ce soit.

2. Confier au comité permanent pour l'indépendance du pouvoir judiciaire et de la profession légale au sein de l'Union des avocats arabes la mission d'observation et d'investigation de toutes les violations de l'indé-

pendance de la profession juridique dans les pays arabes. Le comité permanent devrait dénoncer ces violations et contribuer à l'amendement des lois arabes affectant l'indépendance de la profession juridique et la liberté des avocats.

3. Créer des barreaux indépendants, des associations ou institutions destinées aux avocats dans les pays arabes où ces institutions n'existent pas encore.

4. Les efforts à long terme de l'Union visant à l'application du projet pour un barreau arabe unifié sont entravés par la disparité des systèmes judiciaires et de barreaux, ainsi que par la disparité des systèmes politiques dans le monde arabe. Ainsi la Conférence recommande-t-elle que l'Union crée un comité spécial chargé de la rédaction de principes généraux portant organisation de la profession juridique. Ce projet sera un "Gentlemen's Agreement" et tous les barreaux arabes et associations d'avocats veilleront à son application. Il comprendra les règles générales et les principes globaux non opposables aux plans arabe ou international, pour les questions portant sur l'indépendance et la liberté de la profession, ainsi que sur la liberté, les droits, les immunités et obligations des avocats, conformément aux usages et règles de conduite de cette prestigieuse profession. Il est donné au comité permanent les pouvoirs nécessaires pour que ce projet soit adopté et présenté à la prochaine conférence.

5. Créer des institutions de haut niveau pour former les avocats avant leurs débuts dans la profession. Ces institutions devraient proposer des programmes sur les droits de l'homme, sur l'indépendance du pouvoir judiciaire et de la profession d'avocat, et sur les règles de conduite de la profession d'avocat.

6. Autoriser les avocats arabes à plaider devant les tribunaux dans tous les autres pays arabes, s'ils le font en collaboration avec un avocat local, sans pour cela être lié par le principe de réciprocité.

7. Interdire l'exercice concomitante d'un emploi public et d'un emploi privé pour les praticiens du droit, à l'exception des enseignants du droit dans les universités.

8. Elaborer des programmes de retraite (pensions) dans les associations du barreau où cela n'existe pas. De tels programmes de retraite devraient permettre aux avocats retraités et à leurs familles de disposer d'un revenu décent en cas de démission ou d'incapacité.

9. Les associations de barreau devraient jouer leur rôle social et humanitaire dans la protection et le bien-être des avocats et de leurs familles en leur garantissant les soins médicaux, un logement et des bureaux, et en leur fournissant l'aide nécessaire au besoin ou dans des situations d'urgence. Tout avocat retraité devrait bénéficier de ces avantages.

10. Protéger les jeunes avocats débutants au travers des associations, et leur enseigner la manière de préserver l'indépendance, la liberté, la dignité, les usages et règles de conduite de leur profession. Les aider à surmonter les difficultés qu'ils rencontrent dans leur vie professionnelle. Créer des comités chargés des jeunes avocats au sein de l'Union des avocats arabes.

11. Créer un comité spécial pour mettre sur pied un programme commun arabe destiné à la formation des avocats débutants.

12. Confier aux associations d'avocats la tâche de créer des comités composés uniquement d'avocats pour décider des sanctions contre les avocats coupables de fautes professionnelles.

13. Mettre l'accent sur l'interaction permanente et constante existant entre la profession juridique et le pouvoir judiciaire. Asseoir une base appropriée pour une participation totale de ces deux disciplines aux conférences d'avocats et à la session du Conseil des ministres arabes de la justice et de ses commissions spéciales. Organiser une conférence à chaque réunion des ministres arabes de la justice et de ses commissions spéciales. Organiser périodiquement des conférences dans chaque pays arabe pour étudier des événements communs en vue de la réalisation de l'indépendance de la justice.

Union judiciaire colombienne*

L'organisation syndicale des magistrats, juges et fonctionnaires du système judiciaire en Colombie, ASONAL JUDICIAL, a été invitée par le CIMA et l'Association des magistrats pour la démocratie et la liberté (MEDL) à faire connaître les difficultés des juges colombiens. Ceux-ci présentent un nécrologue impressionnant: plus de 220 assassinés depuis 1977. Près d'un millier d'entre eux vivent sous menace de mort depuis que le Gouvernement a déclaré la guerre aux narcotrafiquants.

ASONAL JUDICIAL, en tant que porte-parole de magistrats, juges et autres agents de la justice colombienne, compte quelque 17.000 affiliés, y compris des fonctionnaires du Ministère de la justice (dans l'organisation judiciaire colombienne, proche par certains traits du système anglais, los magistrados jueces sont les magistrats de base, administrant les tribunaux d'instance ou juzgados; los magistrados sont les juges "supérieurs", travaillant dans les tribunaux ou à la Cour suprême; les agents du ministère public ou fiscales forment un corps nettement séparé de la juridiction, mais également affilié l'ASONAL JUDICIAL).

L'ASONAL JUDICIAL est un organisme pluraliste, où peut se retrouver, sans distinction politique, religieuse ou raciale, tout ce qui a rapport avec l'administration juridictionnelle de la justice. C'est un groupement progressiste en ce qu'il prône une conception avancée de l'Etat et du Droit, et démocratique parce qu'il recherche la pleine réalisation de l'Etat de Droit dans la tradition démocratique et libérale des institutions colombiennes.

Les points suivants décrivent concrètement la situation actuelle de la justice:

1. Depuis qu'elle s'est constituée en république unitaire, la Colombie est une nation à traditions violentes, structurée autour d'un Etat en crise de légitimité qui, à l'évidence, n'a su pénétrer et se manifester dans certaines régions du pays, où son autorité est tenue en échec par des bandes paramilitaires. Les liens de celles-ci avec certains secteurs des

* Ce rapport a été préparé par Antonio Suarez Nino, Président d'Asonal Judicial.

forces armées ont été dénoncés dernièrement par un ancien procureur général (*Procurador General de la Nación*). Elles ont perpétré, en 1988 seulement plus de soixante tueries (c'est à dire de meurtres collectifs de plus de cinq personnes).

Cette situation va s'aggravant: les sources officielles admettent que des "conseillers militaires étrangers", en fait des mercenaires, entraînent ces bandes, dont le nombre atteint 138, et qui sont disséminées sur tout le territoire national.

Le gouvernement s'est donc montré impuissant à garantir selon son obligation constitutionnelle la protection de la vie, de l'honneur et des biens des citoyens.

2. Depuis quarante ans, c'est sur le régime de l'état de siège, constitutionnellement prévu pour les époques de graves troubles intérieurs ou de guerre civile, que se fondent les attributions normatives et l'exercice de la législation, ce qui suscite une "légalité martiale" à caractère autoritaire où se développent les juridictions d'exception, spécialisées parallèles aux juridictions de droit commun (civiles), et sévèrement critiquées par les démocrates en ce qu'elles bafouent les garanties procédurales et les droits de la défense.

3. A cela s'ajoute la propension permanente de l'exécutif à s'assujettir le pouvoir judiciaire, en réduisant son indépendance et son autonomie.

Pendant qu'à l'extérieur on projette de l'Etat colombien une image démocratique, le pouvoir judiciaire est à l'intérieur, privé de la gestion de ses moyens d'action et l'on prétend le contrôler politiquement en créant divers organismes relevant du Président de la République, tels le Conseil supérieur d'administration de la justice et l'institution d'un procureur général (*Fiscalía General de la Nación*) prévus dans le projet de réforme constitutionnelle qui transite actuellement par les Chambres législatives.

Dans le même sens, de large pouvoirs d'intervention dans l'administration de la justice sont concédés au Président de la République,

autorisé à créer des juridictions spéciales, et à créer ou supprimer des juridictions ou des charges de la justice ordinaire.

Les juges et magistrats colombiens, réunis en VIIe Congrès national, ont repoussé l'actuel projet de réforme constitutionnelle, au motif que ses dispositions concernant l'administration de la justice ne vont pas dans le sens des aspirations démocratiques de la Nation et du monde judiciaire.

Nous avons appelé à une Constitution qui exprime un nouveau pacte social et soit le fruit d'une concertation nationale à travers la consultation du peuple, le premier intéressé.

D'autres facteurs ont un impact sur la dissolution progressive de l'autorité judiciaire:

- 3.1. un budget de fonctionnement rachitique, équivalant à 1,9 % des dépenses de l'Etat;
- 3.2. une politique de recrutement dans laquelle la promotion dépend de critères bureaucratiques et d'affiliations à un parti, ce qui institutionnalise le bi-partisme: pour accéder aux organes supérieurs de l'administration judiciaire, il faut être libéral ou conservateur;
- 3.3. l'instabilité d'emploi, qui exprime une conception anti-démocratique du statut de la fonction judiciaire: la durée d'un emploi de juge et de magistrat ne dépassent pas respectivement deux et quatre années;
- 3.4. Une violence illégale à l'encontre des juges, car la justice colombienne est la seule au monde à déplorer deux tueries de ses agents: celle des 6-7 novembre 1985, qui laissa 110 personnes mortes dans les bâtiments de la Cour suprême de Bogota, et celle du 14 janvier 1989, quand 14 fonctionnaires de justice furent tués dans le centre du pays, à San Vicente de Chucuri, Département de Santander, par un groupe de para-militaires dénommé "Los Macetos".

Par ailleurs, six juges et leurs familles ont été forcés de s'expatrier devant les menaces constantes dont leurs vies étaient l'objet. Cette situation déjà aléatoire s'est encore aggravée par l'apparition de deux groupes poursuivant le but d'assassiner des juges: le M.A.J. (Mort aux juges), surgi à Medellin, et les "Extradables", qui cherchent à traiter avec le gouverne-

ment et menacent d'assassiner dix juges pour chaque colombien qui serait extradé vers les Etats-Unis. Malgré tout cela, il n'existe aucune politique étatique visant à protéger la vie des juges, magistrats et fonctionnaires de justice, qui doivent combattre non les effets de la criminalité, mais ses causes.

Tout cela fait que nous, juges colombiens, par la voie d'ASONAL JUDICIAL, avons soumis au gouvernement un cahier de revendications minimales concernant notre sécurité, sans jusqu'à présent obtenir de réponse concrète.

Nous souhaitons ainsi que l'appareil d'Etat procure tous les moyens nécessaires pour préserver nos vies, et notre lutte actuelle se résume primordialement à ceci:

LA FACULTE POUR LES JUGES DE SURVIVRE EN COLOMBIE COMME DANS UN ETAT DEMOCRATIQUE.

4. L'activité du trafic de stupéfiants est parvenue à contaminer de larges cercles sociaux, économiques et politiques.

Les auteurs de ce délit ont des intérêts dans les grandes villes et contrôlent des superficies immenses sur les meilleures terres du pays, où ils utilisent la violence pour protéger leurs énormes intérêts.

On doit constater que la réponse de l'Etat à ce phénomène a été contradictoire; elle est préoccupante. Au début, on a choisi de ménager "l'argent chaud" (*dineros calientes*), ainsi que sont nommés les capitaux accumulés par les narcotrafiquants, en décrétant des amnisties fiscales pour les fortunes non déclarées, comme ils s'en fit sous les gouvernements de Belisario BETANCURT et de Virgilio BARCO, en 1986. En revanche, après l'assassinat le 18 août 1989 du candidat à la présidence Luis Carlos Galán Sarmiento et la "guerre totale" qui s'ensuivit, des lois ont été récemment édictées pour renforcer la répression du délit, prévoyant l'extradition et la confiscation des biens.

Mais la conjoncture créée par ce meurtre a aussi été mise à profit pour frapper d'autres secteurs, en accroissant les peines contre les délits de rébellion et de sédition, visant à atteindre les mouvements insurrectionnels, avec la majorité desquels, pourtant, des pourparlers de paix sont en cours. En même temps aussi étaient limitées, suspendues ou supprimées diverses institutions traditionnelles démocratiques, telles le "*jurado de conciencia*" (juridiction pénale populaire), l'*habeas corpus* et le principe de publicité des audiences.

Il va sans dire que les modes spécifiques de lutte contre le trafic compromettent la sécurité des juges, qui doivent décider de la détention des présumés narcotrafiquants et de la confiscation de leurs biens.

Comme l'extradition est une question d'abord politique, c'est au gouvernement national qu'il appartient de la résoudre. Mais il doit aussi renforcer le pouvoir judiciaire et contribuer au maintien de l'Etat de Droit, que l'on ne peut désarticuler au mépris de nos traditions républicaines sous aucun prétexte, fût-ce la lutte frontale contre quelque criminalité que se soit.

Les juges colombiens qui s'efforcent d'exercer leur métier dans les conditions qu'on a décrites avec un lourd impôt de sang, sont conscients que le trafic des stupéfiants n'est pas le seul délit ni le seul fléau social dont la Colombie est frappée: le taux de chômage atteint 16% de la population active, la dette extérieure s'élève à 17 milliards de dollars et 70% de la population dispose d'un salaire mensuel de 85\$ sinon moins. La grande majorité de la population colombienne vit dans des conditions allant de la pauvreté absolue à la misère généralisée.

5. La justice colombienne, il faut le souligner, constitue une force, une réserve morale qui combat pour la préservation et le développement d'un Etat de Droit effectif. Il faut réaffirmer son adhésion à toute mesure qui, dans les limites de la légalité et de la souveraineté nationale, combat la criminalité dans toutes ses manifestations. Mais elle se trouve plongée dans une lutte improvisée, forcée à défendre l'intégrité de ses ressources humaines, et en butte à des attaques multiples.

Nous observons ainsi avec préoccupation le Régime disciplinaire (*Régimen Disciplinario*) dont le gouvernement vient de doter la fonction judiciaire. Ce statut disciplinaire semble fondé sur le postulat équivoque d'une immoralité généralisée des juges et magistrats. Il permet d'institutionnaliser la chasse aux syndiqués, au mépris des lois nationales qui portent application des Conventions 87 et 88 de l'Organisation internationale du Travail relatives à la liberté d'association; il instaure à l'encontre des juges et magistrats des procédures expéditives et sommaires, oublieuses des droits de la défense et du double degré de juridiction.

L'organisation syndicale du monde judiciaire colombien porte les sentiments des magistrats, juges et employés de justice; elle est ainsi profondément préoccupée par la situation juridique du pays et par l'insécurité croissante qui menace son pouvoir judiciaire.

Elle invite les organisations européennes soucieuses du respect de la démocratie et du Droit, les associations de magistrats d'Europe, les Universités, les gouvernements démocratiques, les organisations non-gouvernementales à s'adresser aux autorités de l'Etat colombien afin qu'elles respectent les engagements qui suivent:

1. Mettre en oeuvre tous les mécanismes légaux aptes à préserver la vie des magistrats, juges et agents du pouvoir judiciaire, sachant que toute attaque du crime organisé contre ceux-ci est un attentat direct à l'Etat de Droit.

Ce qui est ainsi demandé est la manifestation de la volonté politique du gouvernement colombien lui-même en termes concrets et spécifiques.

2. Concéder progressivement au monde judiciaire un traitement décent. Ceci exige un engagement, une authentique croisade étatique pour accorder à la justice les moyens de ses fonctions, directement sur le budget de l'Etat.

3. La primauté du droit trouve ses racines dans l'autonomie du pouvoir judiciaire. Il appartient donc au gouvernement de s'abstenir de promouvoir

voir des révisions constitutionnelles dont le seul but est de saper l'équilibre des pouvoirs dans l'indépendance réciproque, mais en revanche d'encourager une réforme constitutionnelle démocratique et un nouveau pacte social, fruit d'un consensus. Il s'agit, quant à l'administration de la justice, d'établir des organes qui sauvegardent son indépendance, bien différents de la *Fiscalía General de la Nación* et du Conseil supérieur d'administration de la justice actuellement proposés au législatif par l'exécutif.

4. Refuser toutes formes d'imixtion étrangère dans les affaires intérieures du pays, fussent-elles motivées par la lutte internationale contre le crime: l'instruction et le jugement des infractions commises dans notre pays constitue un acte de souveraineté nationale exercé constitutionnellement par le pouvoir judiciaire. Sans préjudice de l'entraide judiciaire internationale, nous ne pouvons tolérer de base à des ingérences étrangères.

5. Préserver la liberté d'association au sein du pouvoir judiciaire en abrogeant l'actuel statut disciplinaire, qui érige en infraction punissable le droit de manifestation pacifique et qui censure l'expression démocratique des critiques et revendications.

Etablir en revanche un statut de la carrière qui garantisse, conformément aux Principes de base des Nations Unies sur l'indépendance du pouvoir judiciaire, l'inamovibilité - ou à tout le moins - la stabilité des fonctions judiciaires, ainsi qu'un égal accès à la promotion.

ARTICLES

De la honte de ne pas être militant: réflexions sur le militantisme judiciaire

par Upendra Baxi*

Le fait que les juges d'appel fassent le droit, plutôt qu'ils ne se limitent à l'interpréter, est aujourd'hui une chose reconnue parmi les *cognoscenti*. Mais ils sont nombreux ceux, y compris les juges d'appel qui, même à ce jour et à notre époque, rejettent cette simple assertion. Leur attitude rappelle celle, dans le livre *Shame* de Salman Rushdie, des trois soeurs qui, jusqu'à ce que la chose mystérieuse leur arrivât (ou plus précisément arriva à l'une d'entre elles, bien que, hélas, nous ne saurons jamais laquelle des trois) croyaient fermement que la 'fécondation serait censée s'accomplir par le truchement des seins, au moyen d'un "bizarre attribut génital" semblable à des trous qui se trouveraient dans la poitrine et dans lequel leurs mamelons viendraient s'ajuster confortablement' (Rushdie, p. 13, 1983). Ceux qui veulent préserver leur puberté en matière de philosophie du droit ont tout loisir de revendiquer de tels fantasmes; mais, comme dans le cas des trois soeurs, ils seront à jamais persécutés par la honte d'une découverte tardive aux conséquences sombres et tragiques.

Si nous acceptons alors la maturité jurisprudentielle, la question ne sera plus de savoir si les juges font le droit ou non; la question serait plutôt: quel *type* de lois, dans quelle *mesure*, par quels *moyens*, dans quel *cadre* auto-défini, pour quels *résultats escomptés* et avec quelle accumulation tolérable d'effets indésirables les juges comptent-ils faire le droit? Ce genre de questions attire immédiatement l'attention sur l'inéluctable politique et sur les choix politiques que les juges doivent opérer, dans leur ad-

* Professeur de droit à l'Université de New Delhi et Directeur de recherches de l'Indian Law Institute. Cet article est extrait de "The Role of the Judiciary in Plural Societies" (Frances Pinter; Londres 1987), avec la permission de Tiruchevalam et Coomaraswamy (éditeurs).

ministration quotidienne de la justice et sur le problème de la responsabilité de leurs décisions (voir Baxi, 1982).

Il est tout à fait naturel que les juges désirent exercer le pouvoir mais ne souhaitent pas particulièrement en rendre comptes devant personne. Il est aussi naturel qu'ils commencent à se complaire dans la croyance honnête qu'ils ne font que matérialiser l'intention du législateur ou découvrir cette chose immanente qu'on appelle le Droit. La tradition du Droit et l'art de la doctrine du droit offrent à ces juges plusieurs moyens pour se sortir dignement de la torture que constitue l'exercice embarrassé du pouvoir. Il en va également de même pour l'avocat ou l'intellectuel qui trouve qu'il est plus commode de s'occuper de questions immédiates de technique et de fond, plutôt que de revenir sur des questions plus fondamentales concernant le rôle du juge et de l'avocat dans une société en mutation (s'opérant souvent de façon traumatique). D'où la conspiration du Grand mensonge blackstonien; d'où, pour emprunter l'expression heureuse de Picasso, l'effort incroyable et constant de convaincre les gens de la vérité du mensonge selon lequel les juges ne font pas les lois.

Ces questions du pouvoir et de la responsabilité ont été largement débattues en littérature (p. ex. Bickel, 1962; Weschler, 1959; Miller & Howell, 1960; Stone, 1964, 1966; Dworkin, 1977; Baxi, 1980, Ely, 1982). Elles continueront d'être débattues longtemps encore, avec ou sans réponses en fin de comptes, dans la mesure où il est dans l'ordre des choses qu'il ne peut y avoir une théorie universelle de la nature du processus judiciaire (Baxi, 1980).

Mais malgré toute sa richesse et ses promesses, même le cadre actuel de discussions continue d'être réduit à la problématique du pouvoir qu'ont les juges de faire la loi et la justification de celle-ci. Il ne tient pas compte des autres pouvoirs exercés par les juges, qui ne sont pas d'ordre législatif et qui sont cependant presque aussi importants. Appelons ces pouvoirs, *faute de mieux*, 'pouvoirs exécutifs des juges d'appel'. Ceux-ci doivent être étudiés par tous ceux qui sont concernés par l'appareil judiciaire en tant qu'élément de l'appareil politique.

Le pouvoir 'exécutif' des juges implique au moins sept catégories distinctes de pouvoirs. La plupart de ces pouvoirs peuvent même donner lieu à une décision de ne pas prendre de décision! Les pouvoirs exécutifs s'étendent ainsi aux:

- (i) pouvoirs de déclarer la recevabilité;
- (ii) pouvoirs d'établir un calendrier pour les audiences;
- (iii) pouvoirs de composer la cour et la liste des jurés;
- (iv) pouvoirs d'octroyer la 'suspension' *pendente lite*;
- (v) pouvoirs d'établir 'une doctrine suggestive du droit';
- (vi) pouvoirs d'échelonner des jugements motivés et
- (vii) pouvoirs d'accorder ou de refuser un recours.

A l'exception de la catégorie (vii) dans laquelle un jugement au moins doit occasionnellement être écrit, il n'y a, du moins en Inde, aucun principe directeur sur la façon de faire usage du reste des pouvoirs exécutifs discrétionnaires. Dans chacune de ces catégories, les pouvoirs des juges d'appel, et particulièrement ceux de la Cour suprême, sont absolus, et sans l'ombre d'une responsabilité.

En ce qui concerne la première catégorie, prenons par exemple une requête introduite par un citoyen auprès de la Cour suprême de son pays, demandant que celle-ci autorise la contestation légale de l'imposition de la loi martiale ou la dissolution du Parlement: si la Cour autorise une telle contestation, quelle qu'en soit l'issue finale, cela voudrait dire en vérité qu'elle utilise son pouvoir discrétionnaire de juger de la recevabilité pour créer les conditions d'une action politique. Prenons la question moins dramatique du *locus standi*: en décidant qui a le droit de saisir la Cour, celle-ci fait indubitablement la loi. Ce qui n'est pas le cas, toutefois, lorsque, par un ordre non énoncé, elle se borne à rejeter la demande *in limine*. On peut refuser à un groupe de citoyens l'expression politique en refusant simplement de les écouter, même sur la question de savoir pourquoi on devrait les écouter.

Le pouvoir d'établir un calendrier pour les audiences porte également en soi d'immenses potentialités d'un bon ou d'un mauvais exercice. Les délibérations sur les violations imminentes des droits fondamentaux peu-

vent être prévues après que ces violations aient eu lieu sur une grande échelle! Le calendrier des délibérations sur les contestations de la suspension de l'*habeas corpus* ou sur celles du pouvoir militaire ou de l'Etat d'urgence peut être établi après que les horribles réalités de la détention sans jugement et de la torture sans réparation soient devenues des *faits accomplis*. Sur des plans moins dramatiques, les tribunaux pourraient s'organiser de manière à juger en priorité les dernières affaires dont ils ont été saisis, ou en tenant compte de leur importance sociale ou politique; cela peut se faire à dessein ou par défaut, de façon intentionnelle ou passive. Le résultat reste globalement identique. Les juges ne sont pas à la traîne des rédacteurs en chef et des propriétaires de journaux; ces derniers ont le pouvoir 'd'étouffer' les histoires. Les juges ont le pouvoir, par des voies simples ou détournées, d'étouffer la controverse, la dispute et la portée sociale des affaires dont ils sont saisis.

Dans la troisième catégorie, particularité des seuls pays où la Cour dans son ensemble ne siège pas en audience, le Président de la Cour détient d'énormes pouvoirs de composition des divisions du tribunal et des listes de juges pour juger les affaires. Il n'existe pas de principes directeurs pour l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire; on en jouit dans une discrétion administrative absolue et jusqu'ici exempte de toute remise en cause, laissant la porte ouverte à un usage bénin ou malin. En tout état de cause, la Cour est fragmentée, des jurys changeants jugent les affaires et, dans la plupart des cas, la Cour, en tant qu'institution, perd son caractère de corps constitué et sa connaissance du métier. Du point de vue du citoyen, la Cour, en tant qu'institution, devient un simple comité de juges choisis de temps en temps et en toute souveraineté par le Président de la Cour.

Le pouvoir d'accorder la suspension, *ex parte* et après audition, jusqu'au jugement de l'affaire, est également un pouvoir très important, qui peut être utilisé à très bon ou très mauvais escient, en fonction du litige spécifique ou du contexte politique global. S'abstenir d'ordonner la suspension de la démolition de vingt mille baraquements de sans-logis, une fois, peut signifier la démolition au bulldozer de leur vie et de leur moyens d'existence; et ordonner la suspension, une autre fois, serait leur permettre de continuer de faire semblant de survivre. Permettre aux gouver-

nements de muter des fonctionnaires intègres en faveur d'autres fonctionnaires, plus 'souples', en refusant la suspension, pourrait annuler tous les avantages possibles qu'accorderait, quelques années plus tard, une décision quant au fond de leur requête contre la mutation. Dans le même temps, l'application effective de la loi (disons, la réforme agraire) en faveur des masses peut être entravée *de facto* par la nomination d'un fonctionnaire corrompu. On peut multiplier les exemples. Les faits demeurent - la décision d'exercer le pouvoir judiciaire, pour encourager ou freiner la redistribution, est prise lorsque les suspensions sont décidées ou refusées. La décision, cependant occultée des termes d'"équilibre de convenance" et de 'tests' connexes, est en définitive fondée sur un choix politique, qui favorise soit le *statu quo*, soit la redistribution. Ce pouvoir est indubitablement important, surtout dans les pays tels que l'Inde où l'explosion démographique semble ne pas être étrangère à l'explosion des dossiers de justice (Baxi, 1982; Dhavan, 1978). C'est l'expérience indienne, du moins, que l'on ne peut demander aux juges de se hâter, fondée peut-être sur l'adage: 'juges pressés, justice baclée'!

Les pouvoirs de la doctrine 'suggestive' du droit aboutissent souvent à des compromis, des arrangements, l'abandon d'une affaire ou l'évolution de la philosophie du droit *ex concessiois*. Les juges utilisent tout un ensemble de moyens, explicites ou implicites, pour communiquer aux avocats de la défense leur sentiment par anticipation quant à la manière dont ils pourraient décider de l'affaire, et les bons avocats construisent leur défense en fonction de cela. Ce pouvoir n'est pas du tout insignifiant. L'évolution d'un important concept constitutionnel ou l'élaboration d'une doctrine pourraient avorter si elles se fondaient, par exemple, sur l'idée que la soi-disante importance d'une affaire est celle que l'avocat de la défense veut bien lui accorder (comme cela a été le cas d'une certaine façon dans l'affaire *Indira Nehru Gandhi contre Narain*, concernant l'"importance" de la structure fondamentale dans *Kesvananda Bharati*: voir Baxi, 1978). On pourrait arriver, plus ou moins, au même résultat, lorsqu'une affaire est retirée sur la base d'un compromis réalisé sous l'égide de juges. Une fois encore, il est bon de dire que la doctrine suggestive du droit n'est en soi ni bonne ni mauvaise; mais qu'elle mérite que l'on veille à son usage et aux possibilités d'abus qu'elle offre.

On ne doit pas supposer, du moins en Inde, qu'après l'audition quant au fond, un jugement motivé suivra dans un délai raisonnable. A la Cour suprême de l'Inde, les jugements attendent longtemps; ils sont inexplicablement retardés par des juges, pendant de mois, voire des années. Parfois, les décisions sont rendues, mais les motifs sont différés et ceux-ci ne sont délivrés qu'après un laps de temps important. Les jugements sont prononcés souvent à un moment et dans un contexte chargés en signification politique et sociale, et un retard anormal, voulu ou fortuit, affecte l'opinion publique et le cours de l'action sociale sur les questions concernées.

On peut en dire autant en ce qui concerne les pouvoirs des tribunaux de remettre en cause leurs propres décisions. Par exemple, à la suite de la 'Lettre ouverte au Président de la Cour Suprême de l'Inde' (voir Baxi *et al.*, 1979), les organisations nationales de femmes demandaient avec insistance que la Cour réexamine son verdict d'acquiescement dans une affaire de viol. Le recours fut en réalité examiné environ deux années plus tard et l'affaire fut tranquillement classée. Le pouvoir et la procédure dont dispose la Cour suprême de l'Inde pour remettre en cause ses propres jugements ne sont soumis à aucune discipline ou responsabilité particulière; presque tout est laissé au 'bon sens' et à l'appréciation du juge.

Ce rapide survol laisse à croire que les pouvoirs 'exécutifs' des juges d'appel sont aussi importants que leurs pouvoirs de faire la loi et, c'est important, il apparaît que l'absence de responsabilité dans l'exercice de leurs pouvoirs exécutifs atteint un degré encore plus élevé. Par exemple, mesurés à l'aune des normes d'équité définies par la Cour suprême de l'Inde elle-même, concernant l'exercice des pouvoirs administratifs judiciaires (voir Baxi, 1982), plusieurs de ces pouvoirs sont trop larges et confèrent une discrétion incontrôlée, et dans la réalité, leur exercice constitue une violation de plusieurs des normes d'équité! *Quis custodiet ipsos custodes?*

Les débats sur le militantisme judiciaire ont porté, jusqu'ici, uniquement sur l'exercice des pouvoirs de la justice de faire des lois. Mais le 'militantisme' a également un rôle important à jouer dans l'exercice des pou-

voirs exécutifs et administratifs judiciaires discutés dans les précédents paragraphes. Dans chacune des sept catégories que nous avons identifiées (et il y en aurait encore quelques autres à identifier), les juges ont le choix d'exercer leurs pouvoirs, de façon militante, en défendant les valeurs constitutionnelles ou en adoptant l'attitude simplement bureaucratique qui consiste à considérer les affaires dont ils sont saisis comme des tâches routinières. On s'attendrait à ce qu'un juge militant soit enclin à adopter le premier point de vue dans l'exercice de ses pouvoirs exécutifs, comme il le serait dans l'exercice de ses pouvoirs judiciaires législatifs. Mais cette corrélation doit être établie de manière empirique. Il pourrait également y avoir une faille dans l'attitude d'un juge dans ces deux domaines.

II

Le 'militantisme' est un mot, mais il ne revêt pas la même signification pour tous ceux qui utilisent le terme. A mon avis, un juge militant est un juge qui est conscient qu'il détient un énorme pouvoir exécutif et législatif de par sa fonction de juge, et que ce pouvoir et cette discrétion doivent être exercés de façon militante pour la promotion des valeurs constitutionnelles. Un tel juge se rend compte que, dans une certaine mesure, le système judiciaire jouit d'une autonomie relative vis-à-vis de l'appareil économique comme de l'administration politique, et que cette autonomie est une composante de la nature-même des coalitions de la classe dirigeante qui s'est acquis les pouvoirs de gouvernement national.

Un juge militant sait que la proclamation des valeurs constitutionnelles est un élément de l'appareil de promotion de l'idéologie étatique et sert à promouvoir ou à renforcer la légitimité des classes dirigeantes. De plus, un tel juge sait aussi que la classe dirigeante est divisée dans sa quête de valeurs constitutionnelles, puisqu'une quête authentique de ces valeurs apportera un changement dans la notion même de classe à l'intérieur de l'Etat. La définition de valeurs constitutionnelles par les juges contribue au processus de légitimation des classes dirigeantes; en même temps, elle tend à les exposer à de nouvelles exigences, de nouvelles incertitudes, de nouvelles sources de mécontentement et à une contestation renouvelée de leur légitimité. Le caractère bicéphale de l'élaboration du droit est toujours prééminent dans l'esprit des juges militants et cela, en soi, constitue pour

le militantisme judiciaire une source de puissance et de légitimité. Un juge militant est donc un juge qui a acquis une conscience politique élevée sur la structure de sa société et sur la nature des processus de transformation. La portée de son militantisme dépend de l'action des groupes dirigeants dans le cadre de l'ensemble des institutions de l'Etat. Dans les paragraphes qui suivent, nous allons considérer de plus près cet aspect.

Si le pouvoir législatif s'acquitte effectivement de son travail de légiférer, la compétence de la législation judiciaire devient limitée et vice versa. Choisissons quelques exemples concrets dans le domaine des relations entre la main d'oeuvre et le capital en Inde. Le Parlement n'a pas édicté de lois sur la légalité du domaine du travail contractuel; en 1960, la Cour suprême a défini les conditions dans lesquelles le travail sous contrat était légalement et constitutionnellement acceptable. C'est cette décision qui a conduit le Parlement à adopter la Loi (règlementation et abrogation) sur le travail sous contrat, 1962¹. De la même manière, lorsque des propriétaires demandent la liquidation volontaire d'une société, les employés n'ont aucune personnalité juridique aux termes de la Loi sur les sociétés commerciales, ne serait-ce que pour s'opposer à la requête. Les suggestions n'ont pas manqué pour la réforme de cette loi excessivement pro-capitaliste. Enfin, en 1982, des juges militants de la Cour suprême ont décidé que la main d'oeuvre n'était pas une simple marchandise commercialisable et vendable, mais plutôt un partenaire égal avec son capital, et ont changé la loi pour exiger que les travailleurs soient écoutés². De même, la Cour suprême a radicalement redéfini le concept d'"industrie" aux termes de la Loi sur les litiges dans l'Industrie, en constatant que le Parlement avait été inactif dans ce domaine pendant plus de deux décennies et n'avait pas amendé la définition qui avant tout manquait de clarté et prêtait à équivoque³.

En d'autres termes, un juge militant trouvera parfaitement justifié d'avoir recours au pouvoir de faire des lois lorsque le pouvoir législatif manque simplement d'accomplir son devoir de légiférer. Quoiqu'on puisse dire dans le monde développé concernant cette façon de faire des lois par les juges (voir Dworkin, 1977; Ely, 1982), il est clair que dans presque tous les pays du Tiers-monde, de telles initiatives judiciaires sont aussi nécessaires que souhaitables. Dans l'expérience indienne, du moins, il n'appa-

raît pas que le législateur se soit beaucoup plaint que le pouvoir judiciaire ait assumé ses charges, dans la mesure où il en est déchargé et peut s'occuper d'autres tâches de *realpolitik*.

Il existe d'autres types de situations dans lesquels le corps législatif d'une société pluri-ethnique agit, mais il agit souvent de manière à préserver les traditions et pratiques anticonstitutionnelles d'une minorité. Par exemple, dans le processus d'amendement des dispositions du Code de procédure pénale indien, concernant l'entretien, les femmes musulmanes furent exclues, non pas parce que le système du *mahr* assurait des garanties adéquates aux femmes musulmanes, mais parce que la coalition dirigeante appréhendait l'aliénation des circonscriptions électorales musulmanes dominées par les hommes. Le juge Krishna Iyer fit courageusement une autre interprétation des dispositions concernées et les appliqua aux femmes musulmanes, osant ainsi s'opposer à la volonté d'exclusion affichée du législateur.

Un juge militant ferait également le droit pour protéger et préserver les droits individuels des minorités ethniques garantis par la constitution. La Cour suprême de l'Inde, par exemple, a défini (d'abord par le biais de l'action de P.N. Bhagwati) une forme unique de juridiction épistolaire par laquelle les citoyens ou des groupes peuvent saisir la Cour concernant la violation des droits fondamentaux des minorités ethniques et autres de la société indienne. Tout individu peut aujourd'hui saisir la Cour par voie de lettre qui sera considérée comme une requête: la loi traditionnelle relative au *locus standi* a ainsi subi une innovation séismique. De plus, la Cour a défini une procédure inhabituelle d'enquête sur les faits liés à la torture, à la terreur, aux exécutions sommaires, aux déchéances et dénis de droits, et aux abus de pouvoirs flagrants. Elle nomme maintenant des commissions d'enquête de citoyens dont les rapports sont considérés comme établissant des faits suffisants pour les besoins de la procédure judiciaire (pour compte-rendu et analyse détaillés, voir Baxi, 1983). Dans ce processus de développement de la procédure de caractère social, la Cour a radicalement transformé, entre autres dispositions, l'article 21, qui garantit la vie et la liberté individuelle, en une source inépuisable de nouveaux droits et procédures pour les victimes du non-respect de la loi par le gouvernement.

La responsabilité de l'exécution effective des ordres législatifs, exprimés par le biais des règlements, incombe clairement au pouvoir exécutif. Si toutefois celui-ci manque à ses obligations légales et constitutionnelles, les tribunaux et les juges ne peuvent observer longtemps l'attitude selon laquelle les violations des droits concernés par ce manquement ne sont pas de leur ressort. Si les fonctionnaires dûment mandatés ne désignent pas les juges à temps, provoquant ainsi de grands retards, quelle que soit la loi à appliquer et la sagesse du commandement, un juge militant peut trouver justifié de leur enjoindre de s'acquitter de leur travail avec diligence. S'il y a un grand nombre de prisonniers en instance de jugement et qui restent longtemps sans être jugés, un tel juge pourrait estimer plus que justifié d'ordonner qu'ils soient jugés rapidement ou libérés. Si les conditions de détention sont inhumaines et dégradantes, un tel juge peut ordonner que soient créées des installations répondant aux normes minima. Si des fonctionnaires ne font pas leur travail aux termes de la Loi relative au travail contractuel, ou si les Comités pertinents ne sont pas établis en application de la Loi sur le travail contractuel et de la Loi sur la rémunération équitable, un tel juge pourrait ordonner que les règlements soient observés. L'Inde dispose de beaucoup de lois, dont des amendements constitutionnels, que le pouvoir exécutif a l'obligation de faire appliquer, mais qu'il refuse simplement d'obtempérer. Même les juges militants refusent d'ordonner au pouvoir exécutif de faire appliquer ces lois; mais leur hésitation est surprenante lorsqu'on considère leur passé militant autrement impeccable.

Lorsqu'un juge militant trouve que les commendements ordonnés au pouvoir exécutif n'ont pas été suivis d'effet, trois possibilités s'offrent à lui:

- (i) poursuivre la lutte avec les pouvoirs que lui donne la loi d'invoquer l'entrave à la bonne marche de la justice;
- (ii) effectuer de petites prises de contrôle du département ou de l'institution concerné ou
- (iii) accepter la défaite avec grâce.

Dans l'expérience indienne, l'on n'a pas encore à ce jour recouru aux solutions (i) et (iii), malgré que l'intransigeance du gouvernement soit

maintenant manifeste concernant certaines questions. Au lieu de cela, la Cour suprême a pu effectuer de petites prises de contrôle, notamment d'institutions de détention telles que les prisons ou maisons d'arrêt. Dans l'affaire de Agra Women's Protective Home, par exemple, la Cour suprême a ordonné que soient exécutées la construction d'installations sanitaires supplémentaires, fourni aux détenus un traitement médical supervisé, et (au cours de ces deux dernières années) la décharge régulière et supervisée du Home.(4) Dans les affaires non jugées de Bihar (voir Baxi, 1980), la Cour suprême a passé en revue des milliers d'inscriptions dans les livres des prisons pour s'assurer qu'aucun jugement en instance ne soit en souffrance dans les tribunaux; ce travail a permis à la Cour suprême de parvenir à une compréhension du problème telle qu'elle a demandé que lui soient présentés les résultats du recensement annuel de tous les prisonniers. Dans l'affaire de Bihar, la Cour a supervisé les programmes de traitement et de rééducation, même lorsque les principales auditions quant au fond étaient en cours. Voilà des exemples remarquables de l'utilisation des compétences interlocutoires. Ainsi, la Cour acquiert une 'compétence rampante' sur les institutions de l'Etat, hostiles aux droits fondamentaux du citoyen.

Evidemment, un juge militant ou un tribunal militant se trouvent rapidement confrontés aux difficultés 'de faire face'. La vigilance administrative quotidienne ou une politique globale sans faille n'est simplement possible pour aucune Haute Cour dans le monde. Certains juges militants ont, par conséquent, prévu des remplaçants pour faire ce travail au nom de la Cour sur la base de la délégation des pouvoirs. Outre qu'elle a coopté les tribunaux supérieurs et les tribunaux d'instance à cet effet, la Cour a également commencé, par le biais de ses juges militants, de faire appel aux comités d'assistance juridique de l'Etat et autres groupes d'action sociale. Les questions de la compétence institutionnelle sont contraignantes à l'extrême lorsqu'elles sont posées à un niveau intellectuel (Horowitz, 1979).

L'expérience indienne à ce jour montre que la question ne concerne pas tant l'absence de compétence pour la Cour suprême, mais plutôt sa diffusion plus grande et plus soutenue dans tout l'appareil judiciaire. En effet l'expérience indienne montre que le militantisme judiciaire peut être conta-

gieux. Les réserves émises au départ, les conflits et tensions, inévitables lorsque certains juges militants ont provoqué sur le continent un changement d'attitude et de profil de la part de la Cour, ont maintenant cédé la place à la compréhension et même à l'enthousiasme pour les procédures de caractère social. Ce qui était considéré avant comme une doctrine insurrectionnelle du droit est aujourd'hui devenu une partie de la culture institutionnelle de la Cour. Bien entendu, tous les juges n'aiment pas les éléments caractéristiques qui ont marqué la naissance et le développement du militantisme judiciaire, surtout si celui-ci passe par la procédure de caractère social. Beaucoup continuent de s'inquiéter de l'avenir de la Cour si un militantisme débridé devait motiver la plupart de ses actions. Pour le moment, toutefois, la Cour a développé des réseaux de communication ambitieux et apporté des innovations au militantisme relatif à la pratique du droit comme au militantisme judiciaire⁵. Toutes ces réalisations lui ont valu une énorme légitimité politique.

Un juge militant sera également enclin à faire usage de ses pouvoirs *suo moto* lorsqu'il l'estime nécessaire. L'usage des pouvoirs *suo moto* n'est pas largement répandu, même en Inde, pays de la juridiction épistolaire, mais le juge M.P. Thakkar, aujourd'hui juge à la Cour suprême, avait souvent recours à ces pouvoirs pour dire le droit. En une occasion, il s'est fondé sur des articles de journaux relatant l'injustice ou des atrocités pour prononcer un jugement aux effets révélateurs. Souvent, les interventions *suo moto* visent à freiner l'abus de pouvoir persistant de la part du pouvoir exécutif. Le cas le plus justifié de l'exercice des pouvoirs *suo moto* existe lorsqu'on est en présence d'une allégation d'atrocité ou de torture pendant une garde à vue ou en prison, car ces deux procédures institutionnelles relèvent du contrôle direct du pouvoir judiciaire. De telles allégations sont *prima facie* des allégations concernant la violation de droits fondamentaux de l'homme; et les gens sont envoyés en prison uniquement sur l'ordre des tribunaux. Même si ce ne sont pas les tribunaux qui les y envoient, la compétence de ceux-ci devrait s'étendre à eux. Par exemple, si un juge militant s'était trouvé au Sri Lanka durant les récents massacres de prisonniers, il n'aurait pas eu à faire preuve de trop de courage pour entamer des enquêtes *suo moto*. Un tel juge aurait eu compétence sur le personnel pénitentiaire et les prisonniers condamnés et

incarcérés, auxquels on a fait porter la responsabilité de cette violence brutale.

III

Un juge militant légifèrera ainsi si nécessaire, et usera aussi de ses pouvoirs exécutifs si besoin est. Un juge militant accomplira tout cela sur la foi des valeurs constitutionnelles, dans la mesure où le contenu de celles-ci est de plus en plus sujet à interprétation. Les juges enclins à la retenue et à la modération ne feront pas usage de leurs pouvoirs et continueront d'insister sur le fait que leur travail consiste à juger des litiges et à se conformer à une chose qu'ils appellent 'le Droit'. De tels juges doivent savoir, ou doivent être informés, que le fait de ne pas faire usage de leurs pouvoirs n'est en fait qu'une autre façon d'en *faire usage*. Entre la réserve judiciaire et le soutien du *statu quo*, la ligne de démarcation est très ténue, particulièrement dans les sociétés du Tiers-monde, dont l'élite au pouvoir est toujours tentée de considérer l'Etat comme sa propriété privée.

Notes

- (1) *Standard Vacuum Refining Co. of India Ltd. contre Ses employés* (1960) II *Loi sur le travail* J. 233, S.C.
- (2) *National Textile Workers Union contre Ramkrishnan* (1983) 2 S.C.C. (Cas Cour suprême) 248.
- (3) Voir *Bangalore Water Supply Sewerage Board contre Rajappa* (1978) I Lab. L.J. 349.
- (4) Voir *Dr. Upendra Baxi contre l'Etat de U.P.* (1983) 2 S.C.C. 308.
- (5) Concernant la distinction entre le militantisme *relatif à la pratique du droit* ('juristic') et le militantisme *judiciaire* ('judicial'), voir U. Baxi (ed.), *Introduction de K.K. Mathew sur Democracy, Equality and Freedom*, Lucknow, Eastern Book Co., 1978.

Références

- Baxi, U., *The Crisis of the Indian Legal System*, 1982.
- 'Developments in Indian Administrative Law' in *Public Law in India*, A.G. Noorani (ed.), p. 132, 1982.
- 'Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation Before the Supreme Court of India', *The Review: International Commission of Jurists*, 1982.
- *The Indian Supreme Court and Politics*, 1980.
- 'Some Reflections on the Nature of Constituent Power' in *Indian Constitution: Trends and Issues*, R. Dhavan and A. Jacob (eds.), 1978.
- 'Undertrials and the Supreme Court: The Supreme Court Under Trial', *Supreme Court Cases (Journal)*, p. 35, 1980.
- 'On How Not to Judge the Judges: Some Reflections on the Judicial Role', mimeo, 1980.
- Baxi, U., V. Dhagamwar, R. Kelkar and L. Sarkar, 'An Open Letter to the Chief Justice of India', *Supreme Court Cases 17 (Journal)*, 1970.
- Bickel, A.M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 1962.
- Dhavan, R., *The Supreme Court Under Strain: The Challenge of Arrears*, 1978.
- Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, 1977.
- Ely, R., *Democracy and Distrust*, 1982.
- Horowitz, D., *Courts and Social Policy*, 1979.
- Miller, A.S. and R.F. Howell, 'The Myth of Neutrality in Constitutional Adjudication', 27 *Univ. of Chicago L. Rev.* 661, 1960.
- Rushdie, Salman, *Shame*, London, Picador, 1983.
- Stone, J., *Social Dimensions of Law and Justice*, 1966.
- Weschler, H., 'Towards Neutral Principles of Constitutional Law', 73 *Harv. L. Rev.* 1, 1959.

Les magistrats en Afrique du Sud: brebis galeuses ou albinos?

par Jeremy Sarkin-Hughes*

"Derrière les décisions, il y a des juges; les juges sont des hommes; en tant que tels, ils ont une histoire. Derrière les règles, il y a encore les effets: derrière les décisions, on trouve des gens qui sont touchés directement ou indirectement par ces règles et décisions"¹.

"Ce dont on a besoin, aujourd'hui, dit-on, c'est d'un pouvoir judiciaire dynamique, ou au moins militant, prêt et disposé à adapter la loi aux temps qui changent"².

Dans la société sud-africaine agitée, en proie aux conflits, et où il n'existe pas de Déclaration des droits³, le pouvoir judiciaire a un rôle vital à jouer dans la protection des droits et des libertés fondamentales de l'homme. Les magistrats doivent jouer un rôle particulier de protection de la primauté du droit; ils doivent manifester leur inquiétude face à la restriction des libertés fondamentales et les violations des droits de l'homme. C'est un rôle qu'ils ont manqué d'assumer de la période allant du milieu des années 1950 à la fin des années 1970⁴. Cette situation tend cependant à changer quelque peu dans les 1980.

Le système judiciaire sud-africain se donne bonne conscience quant à sa légitimité en invoquant une soi-disante équité dans les procédures. Les tribunaux s'appuient habituellement sur cette condition plutôt que sur les débats quant au fond, et professent ainsi leur indépendance vis-à-vis de la politique en respectant une séparation des pouvoirs fictive. Dans ce cadre, nous assistons au développement d'une tendance volontariste et d'un militantisme actif parmi certains membres du pouvoir judiciaire. Une telle situation doit être perçue, dans une certaine mesure, comme la consé-

* B.A., LL.B. (Natal) LL.M. (Harvard).
Avocat à la Cour suprême de l'Afrique du sud.
Avocat de l'Etat de New York.

quence de la répression croissante qui a sévi. Dans ce cadre, le pouvoir judiciaire reste l'unique obstacle institutionnel face aux abus de l'autorité exécutive.

Le juge Learned Hand écrivait:

"Une société divisée au point de perdre l'esprit de modération, aucun tribunal ne peut la sauver"⁵.

auquel répondait le juge Jerome Frank:

"Ils (les tribunaux) peuvent parfois aider à étouffer dans l'oeuf les tendances néfastes de l'opinion publique"⁶.

Il est important d'insister, d'emblée, sur le fait que le changement en Afrique du Sud ne se matérialisera pas à travers les tribunaux. On ne doit pas surestimer l'importance du rôle des tribunaux en termes de leur incidence sur la restructuration ou le remplacement du statu quo actuel par un système qui repose sur la démocratie et la justice. Ils peuvent assumer un rôle palliatif plutôt qu'un rôle d'agents du changement; les tribunaux ont les moyens, et devraient atténuer une partie des souffrances qui sont endurées, même de manière faible et épisodique. Si les tribunaux parviennent à s'occuper de quelques-unes de ces questions, ce sera loin d'être négligeable et sans effet. Les tribunaux devraient également définir les normes dans lesquelles la loi doit être appliquée⁷.

La situation des tribunaux en Afrique du Sud devient de plus en plus exploitée et mise à profit par les opposants de l'apartheid. On doit cela à la facilité d'accès aux tribunaux et à la publicité qu'on peut en tirer, ainsi qu'aux effets à court terme qui peuvent en découler.

Le développement des bureaux d'avocats d'intérêt public a également joué un rôle dans l'augmentation des requêtes auprès des tribunaux pour parvenir à des résultats plus équitables⁸. Par le passé, les avocats répugnaient à défendre des affaires d'intérêt public du fait de leur tendance largement conservatrice et de manque de ressources. Toutefois, avec l'entrée accrue de subventions de l'étranger, les avocats ont réalisé qu'il était salutaire de s'investir dans de telles actions en justice. A mesure qu'augmente le nombre d'avocats qui se découvrent une responsabilité sociale, l'on

commence à enregistrer un accroissement du nombre des requêtes⁹. Les bureaux d'avocats d'intérêt public, comme le Centre pour les ressources juridiques, ont défini des stratégies à long terme pour faire face aux mesures d'oppression de l'Etat, facilitant ainsi une meilleure et plus systématique critique de cette politique.

Les groupes d'opposition ont obtenu un parrainage et une assistance de plus en plus importants de la part de membres réputés de la profession juridique. Les avocats expérimentés¹⁰ sont devenus plus ouverts aux affaires d'opposition. Ainsi voit-on une sophistication plus poussée dans les techniques et des arguments de plus en plus créatifs et novateurs commencer à fleurir dans nos tribunaux. Cela a donné à des magistrats progressistes la possibilité de redresser certaines des inéquités et injustices du système.

Bien qu'il existe un petit groupe d'avocats qui, pendant des années, ont dénoncé la discrimination tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des tribunaux, il s'est développé pour un certain nombre de raisons un engagement croissant dans les affaires d'intérêt public. Cela a d'abord été l'augmentation des fonds disponibles pour payer les honoraires exorbitants réclamés par ces avocats. Les avocats ont également pris conscience qu'ils pouvaient acquérir une stature nationale et internationale en plaidant de telles affaires. Il se peut aussi qu'un certain nombre d'avocats, qui acceptent maintenant de s'occuper de telles affaires, aient commencé à sentir leur conscience les titiller, sentiment inconnu jusqu'ici. Cette nouvelle attitude peut être la conséquence des violations croissantes des droits de l'homme et de la résistance à l'Etat, obstinée et de plus en plus répandue.

La poussée des groupes d'opposition populaires non violents, tels que le Front démocratique uni (U.D.F.) et le Mouvement démocratique de masse (M.D.M.), est une indication de la nécessité de trouver de nouvelles voies pour lutter contre l'apartheid. Les organisations anti-apartheid ayant manifesté leur volonté d'agir dans le cadre de la loi, nous avons assisté à un accroissement des actions en justice en tant que moyens d'extension de ces paramètres juridiques.

Depuis la fin des années 1970, un changement s'observe dans les attitudes de la justice. Certains magistrats ont pris conscience de la situation délicate dans laquelle ils se trouvent¹¹, de même qu'ils se rendent compte du refus de la majorité de la population¹² d'accorder la crédibilité et la légitimité aux tribunaux. Pour beaucoup, le pouvoir judiciaire est perçu comme un rouage de l'appareil du système d'oppression¹³.

Il s'est développée une conscience et une attitude progressistes libérales nouvelles qui ont été adoptées, dans une certaine mesure, dans les tribunaux durant les années 1980, et plus particulièrement dans la Juridiction¹⁴ de province du Natal¹⁵. Les impressions produites par cette tendance ont affecté d'autres juridictions, y compris, ce qui est plutôt remarquable, la Juridiction d'appel (A.D.) qui, avant l'Etat d'urgence de 1985, avait commencé à rendre des décisions qui allaient dans le sens de la liberté individuelle et de la protection des droits de l'homme¹⁶.

Des arrêts antérieurs à l'Etat d'urgence semblent corroborer cette attitude plus libérale, mais depuis 1985-86, on observe un changement rétrograde par rapport à cette nouvelle position progressiste, et le découragement s'est emparé de ceux qui espéraient que la Juridiction d'appel reprendrait son attitude plus intrépide des années 1950. Dans les affaires jugées durant l'Etat d'urgence, la Juridiction d'appel a écarté, même en ce qui concerne des concepts positivistes formels, des présomptions établies sanctionnant les droits individuels.

Bien que la Juridiction d'appel ait violemment fermé la porte qu'elle avait osé entrouvrir, les juges dans d'autres juridictions de province¹⁷ ont montré qu'ils étaient disposés à suivre l'exemple militantiste du pouvoir judiciaire du Natal.

La question suivante concerne les raisons de la tendance de certains membres du pouvoir judiciaire à concevoir leur rôle actuel de manière différente de celui qui était le leur ou celui de leurs contemporains dans le passé. La première éventualité est que ces juges, qui ont longtemps été des militants des droits de l'homme, n'ont été à même de réagir de façon significative que depuis une date récente. Dans le système d'opposition, le

pouvoir judiciaire compte sur les arguments qu'on lui présente - arguments qui ont récemment émané d'une profession juridique plus militante. Cette explication toutefois n'est pas tout à fait appropriée, dans la mesure où une modeste opposition légale s'est affirmée pendant une période considérable.

Peut-être l'intensification du militantisme judiciaire reflète-t-elle un mépris croissant pour la manière dont la loi a été subvertie afin de perpétuer le statu quo. Comme jamais auparavant, la dernière décennie a vu se développer l'opposition, et l'Etat a réagi par la répression, en se servant de l'appareil judiciaire pour préserver la domination des Blancs. En même temps qu'il professait des réformes, l'Etat accentuait en fait sévèrement la répression et empiétait sur les libertés civiles. Les violences, la détention, voire les atteintes à la vie ont conduit certains juges à réagir de façon fonctionnelle.

Les juges ont été sensibles aux contacts qu'ils ont eus, tant avec des membres du pouvoir judiciaire d'autres pays qu'avec des membres de mouvements de libération. La critique croissante de leur rôle, par ceux-ci et par d'autres groupes, a suscité en eux un sentiment de réaction à l'emprise de l'Etat.

La dernière impulsion est l'inquiétude quant à la chose qui pourra faire bouger le système judiciaire une fois le changement amorcé¹⁸. Il y a des raisons de croire que tout investissement dans la justice aujourd'hui servira à la poursuite de cette politique dans l'avenir. Il est possible que les magistrats les plus militants, qui n'ont commencé que récemment à prononcer des jugements plus libéraux, souhaitent construire une sorte de système de protection des droits de l'homme stable avant l'avènement du gouvernement par la majorité.

La question de savoir si les magistrats devraient rester dans le cadre du système et lutter avec les armes qui sont à leur disposition, ou démissionner, a nourri beaucoup de débats académiques¹⁹. Une des questions critiques débattues concerne la mesure dans laquelle le maintien des magistrats dans le système accorde la légitimité à un système illégitime. Ceux qui minimisent cet aspect négatif, soutiennent l'argument que les services

que peuvent rendre les magistrats sont essentiels, comparés aux désavantages négligeables que comporte leur maintien dans la magistrature. En outre, le magistrat en activité peut-il réellement dégager des conclusions favorables, ou encore la fonction remplie par le pouvoir judiciaire est-elle si dérisoire que davantage puisse être préservé par la démission?

Le Professeur Raymond Wacks résumait ainsi l'argument expliquant pourquoi les magistrats acquis aux principes de liberté devaient quitter le système:

"La démission sonnerait comme un appel de clairon: la reconnaissance par la justice de son désespoir et de l'outrage subi. Ce serait l'affirmation de la fidélité absolue du magistrat à la justice, une protestation contre l'abus du droit. Dans un ordre juridique répressif, cela constituerait un acte de foi face à une législation inconcevable."²⁰

Wacks exprime l'hypothèse que les magistrats ne disposent, en réalité, que d'un faible pouvoir de discrétion et que leur marge de manoeuvre est très limitée pour leur permettre d'atténuer les dures lois et les dérogations aux normes définies pour les droits de l'homme. Cette prémisse est certainement discutable²¹. Wacks soutient que ce pouvoir de discrétion est limité dans la mesure où les juges doivent, dans le sens positiviste, retrouver dans les lois les intentions du législateur. Mais la liberté des magistrats est-elle à ce point restreinte? Il est vrai que la marge de manoeuvre du pouvoir judiciaire a été réduite ou inhibée, mais il y a désaccord quant à l'étendue de leur liberté d'action et quant à la façon de remédier à cette situation.

Le point de vue radical critiquant le pouvoir judiciaire considère que, quelque soient les quelques résultats positifs obtenus, ceux-ci donnent sa légitimité au système et lui permettent de continuer d'exister.

La Ligue des droits de l'homme écrivait dans un pamphlet intitulé "La responsabilité des magistrats dans l'application de lois injustes en Afrique du Sud":

"La démission pour des raisons de conscience peut être considérée sous un angle rétrospectif, puis comme l'étincelle qui a maintenu allumée une croyance fondamentale dans les meilleures traditions de notre système juridique occidental."²²

L'appel à la démission des magistrats n'a rencontré qu'un faible écho, mais s'il y a jamais eu un moment propice pour mobiliser les magistrats dans ce domaine, c'est maintenant. D'autant plus qu'avec l'application de l'Etat d'urgence la loi n'a jamais été aussi faiblement respectée²³. Si la loi n'était pas auparavant l'antithèse des normes définies pour les droits de l'homme, ce dont on peut douter, elle a certainement atteint ce stade aujourd'hui.

Les magistrats ne devraient pas être préoccupés par une telle situation et s'ils le sont, ils seraient trop pointilleux à rechercher la légitimité dans un rôle militant, car il faut garder à l'esprit que le corps législatif lui-même n'est pas démocratique et le serment des magistrats exige que la justice soit administrée²⁴. Si les magistrats peuvent être l'objet de la critique de certains milieux dans ce domaine, il n'est pas facile de les révoquer, car une fois nommé, ils jouissent de la stabilité d'emploi jusqu'à l'âge de 70 ans. Pour qu'une révocation soit effective, il faut qu'elle soit demandée par les trois chambres du parlement, et cela ne peut se faire que pour des raisons d'incapacité ou pour faute professionnelle²⁵. Même si l'on se réfère aux anciennes normes constitutionnelles, la révocation d'un magistrat était virtuellement impossible et n'a jamais eu lieu; il est encore plus difficile de l'obtenir²⁶ dans le cadre des dispositions constitutionnelles tricamérales²⁷. Si un magistrat décide de garder ses fonctions, alors plus que ses paroles, ses actes doivent traduire son engagement à la cause de la justice, de la démocratie et des libertés civiles.

Les magistrats qui poursuivent leur carrière doivent garder à l'esprit et essayer de trouver une adéquation au fait que même en menant une politique militante, ils envoient toujours en prison ceux qui enfreignent les lois de l'apartheid²⁸.

Il est à remarquer que les lois évoluent plus rapidement en temps de crise et de conflit. Le moment est venu d'appliquer plus largement les concepts

militants et réalistes pour permettre à la loi de s'engager dans une voie plus éclairée et plus impartiale. Ces concepts devraient servir à atténuer un peu les aspects négatifs de la loi et les atteintes aux droits de l'homme.

Une participation réfléchie est nécessaire. Les magistrats ne devraient pas se soustraire à leurs responsabilités morales. Le changement est inéluctable en Afrique du sud; ce que l'on ne sait pas encore, c'est la manière dont l'Histoire jugera les magistrats pour avoir participé à et légitimé un système injuste et illégitime.

Notes

- (1) Llewellyn, *Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound*, 44 *Harv.L.Rev.* 1222, 1222 (1931).
- (2) P. Devlin, *The Judges*, 1 (1979)
- (3) Les tribunaux n'ont aucun pouvoir de vérification et les décisions du Parlement sont souveraines.
- (4) H. Corder, *Judges at Work: The Roles and Attitudes of the South African Appellate Judiciary 1910-1950* (1984); C. Forsyth, *In danger for their talents* (1985); A. Mathews, *Freedom State Security and the Rule of Law* (1986); A. Sachs, *Justice in South Africa* (1973) and J. Dugard, *Human Rights and the South African Legal Order* (1978).
- (5) L. Hand, *The Contribution of an Independent Judiciary to Civilization, reproduced in The Spirit of Liberty*, chap. 20 (1952).
- (6) Frank, *Some Reflections on Judge Learned Hand*, 24 *U. Chi.L.Rev.* 697-98 (1957).
- (7) Le Droit coutumier de l'Afrique du Sud n'a pas été remplacé par les lois de l'apartheid et les deux systèmes fonctionnent côte à côte. L'Afrique du Sud a un système de Droit coutumier dans lequel les règlements, dans certains cas, ont pris le pas sur le Droit coutumier, sans l'avoir écarté ou supplanté. Le droit sud-africain a hérité tant du Droit hollando-romain que du Droit anglais un sens affirmé de la justice (Mathews et Albino, *The Permanence of the Temporary - an Examination of the 90- and 180- day detention laws*, 83 *S. Afr. L. J.* 37-38 (1966), Dugard, *supra* note 4, pages 382-3; Hahlo et Maisels, *The Rule of Law in South Africa*, 52 *Va. L. Rev.* 13 (janv. 1966) et Dugard, *Using the Law to Pervert Justice*, 11 *Human Rights* 25 (1983). L'histoire de ces deux systèmes de droit coutumier montre les origines du principe de l'égalité devant la loi et de la promotion de la liberté individuelle par la perpétuation des droits et libertés fondamentales (J. Dugard, *supra* note 4, pages 71-72, 382-3, 393; A. Mathews, *Law, Order and Liberty in South Africa* 308 (1971); Kentridge, *The Theories and Realities of the Protection of Human Rights Under South African Law*, 56 *Tu. L. Rev.* 227, 229-31 (1981)). Le Droit hollando-romain révèle des traces de la pensée du Droit naturel (Carey Miller, *South African Judges as*

Natural Lawyer - A Roman Dutch Basis?, 90 *S. Afr. L. J.* 86 (1973) and Corder, *supra* note 4, page 10) et le Droit anglais a incorporé la justice naturelle et l'impartialité.

- (8) Boule, *New Beginnings*, *S. Afr. J. Hum. Rts*, 251, 255 (1985).
- (9) Le ministre de la Loi et de l'Ordre a fait état d'un nombre d'environ 260 cas où des détenus ont contesté leur détention dans la période allant jusqu'à l'Etat d'urgence d'alors. (*Daily News*, 18 oct., 1986)
- (10) L'Afrique du Sud, à l'instar du Royaume-Uni, possède un barreau bicéphale comptant des avocats (barristers) et des avoués (sollicitors); les avocats expérimentés sont nommés grands conseillers (Queens Counsel). Les avoués praticiens sont au nombre de 6434 (*The Transvaal Law Society News*, nov. 1986), y compris ceux pratiquant dans les bantoustans, dont 650 noirs, tandis que des 900 avocats, environ 45 sont noirs, dont deux seuls grands conseillers.
- (11) Estimés à 30 magistrats parmi les 130 magistrats, dont 90 sont Afrikaans, Dugard, *The Judiciary in a State of National Crisis - with special reference to the South African experience*, 44 *Wash. & Lee. L. Rev.* 477, 498 (1987). Il y a environ 800 magistrats, *Los Angeles Daily Journal*, 19 fev. 1986, et sans compter les magistrats des "bantoustans indépendants", il y a deux magistrats dits "de couleur" et six magistrats indiens, *Ann. Sur. Race Rel.*, 471 (1985) et aucun noir (questions et réponses au ministre de la justice, aux débats de l'Assemblée nationale, 10 mai 1985, cols 1458-62). Les Magistrats sont des employés à plein temps du ministère de la justice, sont formés dans le cadre du service public, et sont typiquement d'anciens procureurs, ce qui concourt en toute probabilité à affecter leur indépendance et leur impartialité. La majorité des affaires "politiques" passe effectivement par le tribunal d'Instance mais, que la Cour suprême soit écartée des affaires de sécurité, comme cela a été avancé par Bindman dans le *Rapport préliminaire sur l'Afrique du sud* de la Commission internationale de juristes (38 *Review* 47, (1987) est un argument discutable. S'il est vrai que les magistrats consacrent une grande partie de leur temps à juger des affaires commerciales, des divorces et autres affaires non politiques, dire, comme le fait la CIJ, que "les juges envisagent rarement le conflit inhérent à leur participation dans un système répressif", est discutable. Mais si cela était le cas, le dilemme moral existerait toujours quant à la participation dans le système. Le fait est aussi décisif que les tribunaux inférieurs doivent se plier aux décisions de la Cour suprême dans leur juridiction de province, sauf si la Juridiction d'appel annule la décision de la Juridiction de province. Ainsi, les décisions des juges touchent plus de gens que la proportion invoquée dans ces cas particuliers.
- (12) Voir le rapport de la Commission Hoexter, 1984 et l'enquête du Conseil de recherche pour les sciences humaines sur les relations inter-groupes *The South African Society: Realities and Future Prospects* (1985) 166.
- (13) Dugard, *supra* note 11, page 487.
- (14) Parmi ces affaires *Nxasana contre le ministre de la justice* 1976 3 SA 745 D, *In re Dube* 1979 3 SA 820 N, *S contre Meer* 1981 1 SA 739 N, *Magubane contre le ministre de la police* 1982 3 SA 542 N, *Nggulunga & autres contre le ministre de la Loi et de l'Ordre* 1983 2 SA 696 N, *S contre Khumbisa & autres* 1984 2 SA 670 N, *Ndabeni contre le ministre de la Loi et de l'Ordre et autre* 1984 3 SA 500 D, le premier arrêt *Gumede* 1984 4 SA 915 N, *Metal and Allied Workers Union*

- (M.A.W.U.) contre Castell NO 1985 2 SA 280 D, S contre Ramgobin 1985 3 SA 587 N, Hurley contre ministre de la Loi et de l'Ordre 1985 4 SA 709 D, Mikize contre le ministre de la Loi et de l'Ordre 1985 4 Sa 147 N, Dlamini contre le ministre de la Loi et de l'Ordre 1986 4 SA 342 D, Buthelezi et autres contre le Procureur général du Natal 1986 4 SA 377 D et M.A.W.U. & Mchnu contre le Président de l'Etat et 3 autres 1986 SA 4 358 D.
- (15) Le Natal est considéré comme la plus anglaise d'expression et la plus libérale des quatre provinces de l'Afrique du sud.
- (16) Ces affaires comprennent *Nkondo contre le ministre de la Loi et de l'Ordre* 1986 2 SA 756 A et *le ministre de la Loi et de l'Ordre contre Hurley* 1986 3 SA 568 A. La Cour suprême est composée de la Juridiction d'appel, sept juridictions de province: Natal, l'Etat libre d'Orange, le Cap nord, le Cap sud, le Transvaal, le Cap, le Sud-ouest africain/Namibie et trois juridictions locales: Witwatersrand, Durban et la Côte et Cap sud-est. Tous les autres tribunaux de l'Afrique du sud sont liés aux décisions de la Juridiction d'appel. Les juridictions locales et de province fonctionnent comme des cours d'appel par rapports aux tribunaux inférieurs. Les décisions des juridictions de province sont obligatoires pour tous les tribunaux de cette juridiction, et uniquement pour ceux-ci, mais ont un effet persuasif pour les autres. Les juges sont nommés par le président de l'Etat et les nominations obéissent dans une certaine mesure à des considérations politiques. Voir Mokgatle, *The Exclusion of Blacks from the South African Judicial system*, 3 S. Afr. J. Hum. Rts 44 (1987).
- (17) Parmi celles-ci, *Mbeka contre Nell* NO ECD 14 nov. 1985 cas 1714/85 (non publié), *S. contre Baleka et autres* 1986 1 SA 361 T, *Nordien et autres contre le ministre de la Loi et de l'Ordre* 1986 2 SA 511 C, *Memoniat & Naidoo contre le ministre de la Loi et de l'Ordre* 1986 2 SA 264 W, *Dempsey contre le ministre de la Loi et de l'Ordre* 1986 4 SA 530 C, *Jaffer contre le ministre de la Loi et de l'Ordre, le ministre de la justice et l'Officier commandant la prison Victor Verster* 1986 4 SA 1027 C, *U.D.F. contre l'actuel Président de la cour de Johannesburg* 1987 1 SA 413 W, *Bill MC contre le Président de l'Etat et autres* 1987 1 SA 265 W et le procès de la minorité in *Omar contre le ministre de la Loi et de l'Ordre* 1986 4 SA 530 C.
- (18) Voir le discours prononcé par le juge Leon lors d'une réunion de 'Avocats pour les droits de l'homme' intitulé "Une Déclaration des droits en Afrique du sud" reproduit in 2 S. Afr. J. Hum. Rts, 60 (1986) où il développe un argument sur l'inéluclabilité deu gouvernement par la majorité. Un certain nombre d'avocats ont été les pionniers de la lutte pour une Déclaration des droits. On compte parmi ceux-ci le Président de la cour, Corbett, et le juge d'appel, Milne. Le juge Milne était le juge président du Natal jusqu'au début de 1988 et sa promotion à la Juridiction d'appel doit être mise en relation avec le rôle considérable qu'il a joué dans ses décisions et dans son choix des magistrats appelés à juger telle ou telle affaire, ainsi que dans la notoriété acquise par les juges du Natal.
- (19) Voir Wacks, *Judges and Injustice*, 101 S. Afr.L.J. 266 (1984); Dugard, *Should Judges Resign? A Reply to Professor Wacks*, 101 S. Afr.L.J. 286 (1984); Wacks, *Judging Judges A Brief Rejoinder to Professor Dugard*, 101 S. Afr.L.J. 295 (1984); Dyzenhaus, *Judging the Judges and Ourselves*, 100 S. Afr.L.J. 496 (1983); Etienne Mureinik, *No Shelter From Judges*, Sunday Tribune 3

- avril 1983, Wacks Sunday Tribune 10 avril 1983, Didcott Sunday Tribune 24 avril 1983, Robertson Sunday Tribune 8 mai 1983, Mathews Sunday Tribune 22 mai 1983.
- (20) *Id.* p. 284.
- (21) Dugard, *supra* note 4, p. 287.
- (22) *Reproduit in South African Outlook*, (janvier 1981).
- (23) Voir Gustave radbruch, qui soutient que la loi arrive à une étape où elle cesse d'être loi. *Cité in Dugard supra* note 4, p. 399.
- (24) Hoexter, *Judicial Policy in South Africa*, 103 S. Afr.L.J. 436, 436-438 (1986).
- (25) La loi d'amendement 8 de la Cour suprême de 1985.
- (26) Hahlo et Khan, *The South African Legal System and its Background*, 44 (1973).
- (27) Loi constitutionnelle 110 de 1983 s 10(7) de la République d'Afrique du sud. Dans cette constitution, les "métisses" et les "asiatiques" ont été associés dans le processus de prise de décisions. Cela s'est effectué par l'établissement de trois chambres au parlement, une pour chaque groupe. Un système d'affaires exclusives et d'affaires générales a été institué, par lequel les affaires exclusives seraient légiférées uniquement par la chambre concernée. Si une affaire est perçue comme étant de ressort général, alors toutes les trois chambres sont concernées. Lorsqu'un conflit oppose les chambres, le Conseil du Président passe au vote pour mettre un terme au blocage. Le Conseil est dominé par les membres de la chambre blanche de même que l'organe qui élit le Président de l'Etat. Les deux chambres "de couleur" souffrent du manque de crédibilité et peu de gens sur les listes électorales se rendent aux élections.
- (28) Le Service central des statistiques a publié des chiffres selon lesquels il y a eu, pendant l'année qui s'est achevée le 30 juin 1987, 139 condamnations sur 343 jugements pour crimes contre la sécurité de l'Etat. 98 condamnations l'ont été en vertu de la Loi sur la sûreté publique et les règlements qui lui sont associés. Il y a eu, toutefois, un accroissement des condamnations au chapitre de la "paix et l'ordre" et les chiffres pour l'année 1986/1987 ont été de 8740 sur 14179 jugements. Des 5233 jugements rendus en vertu des dispositions relatives à la violence publique, il n'y a eu que 1746 condamnations (Weekly Mail, 31 mars 1988).

DOCUMENTS

Déclaration d'Harare sur les droits de l'homme

Du 19 au 22 avril 1989, s'est tenu à Harare, Zimbabwe, un grand colloque relatif au pouvoir judiciaire sur l'application en droit interne des normes internationales relatives aux droits de l'homme. Ce colloque faisait suite à une réunion précédente convoquée à Bangalore, Inde, en février 1988 au cours de laquelle ont été élaborés les Principes de Bangalore (voir Bulletin no. 22 du CIMA).

Comme cela a été le cas pour le colloque de Bangalore, la réunion de Harare s'est tenue sous l'égide du Secrétariat du Commonwealth, représenté par le président, le juge E. Dumbutshena (Président de la cour suprême du Zimbabwe, qui a prononcé un discours dans lequel il a réaffirmé l'engagement de son gouvernement pour le respect des droits de l'homme, l'indépendance du pouvoir judiciaire, la primauté du droit et une Déclaration des droits pouvant être soumis à la compétence des tribunaux.

Ont participé au colloque:

le juge E. Dumbutshena, président de la cour suprême, Zimbabwe
(organisateur)

le juge A. Ademola, Nigéria

le juge E. O. Ayoola, président de la cour suprême, Gambie

le juge P.N. Bhagwati, Inde

le juge B. Cullinan, président de la cour suprême, Lesotho

le juge A.R. Gubbay, Zimbabwe

le juge M.D. Kirby, Australie

le juge Rajsoomer Lallah, Ile Maurice

M. Anthony Lester Q.C., Royaume-Uni

le juge E. Livesey Luke, président de la cour suprême, Botswana

le juge F.L. Makuta, président de la cour suprême, Malawi

le juge C.H.E. Miller, président de la cour suprême, Kenya

le juge F.L. Nyalali, président de la cour suprême, Tanzanie
le juge E.W. Sansole, Zimbabwe
le juge E.E. Seaton, président de la cour suprême, Seychelles
le juge A.M. Silungwe, président de la cour suprême, Zambie
le juge J.N.K. Taylor, Ghana
le juge L.E. Unyolo, Malawi

Les participants ont examiné un certain nombre de documents. Parmi ceux-ci, certains ont fait l'étude de l'évolution des normes internationales relatives aux droits de l'homme, en particulier après 1945; un autre a fait l'examen de l'application en droit interne de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples; un portrait sur la liberté individuelle et les raisons d'Etat et un autre document sur les voies permettant aux juges de mieux intégrer, chacun dans son pays et dans son travail quotidien, les normes relatives aux droits de l'homme, contenues dans les instruments internationaux, à l'échelon universel ou régional.

Les participants ont accordé une attention toute particulière aux dispositions de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Cette charte est un traité régional adopté en 1981 par l'Organisation de l'Unité africaine; elle est entrée en vigueur le 21 octobre 1986. Au moment de la réunion d'Harare, 35 pays africains avaient ratifié ou adhéré à la Charte.

Diverses opinions ont été formulées par les participants, concernant la manière de consolider l'application de la Charte, y compris:

- l'interprétation des dispositions à la lumière de la philosophie du droit qui s'est élaborée dans des dispositions semblables dans d'autres déclarations internationales ou régionales sur les droits de l'homme;
- la clarification et l'interprétation stricte de quelques-unes des dispositions portant atteinte à d'importants droits de l'homme; et
- l'extension, en temps opportun, du mécanisme prévu par la Charte, pour examiner les plaintes et pourvoir des voies de recours efficaces dans des cas de violation.

Les participants ont constaté, en particulier, que:

- le préambule de la Charte des Nations Unies contient une proclamation solennelle de la "foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine et dans l'égalité des droits des hommes et des femmes";
- la Charte de l'Organisation de l'Unité africaine contient une référence à "la liberté, l'égalité, la justice et les aspirations légitimes des peuples africains";
- le préambule de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples proclame que les droits fondamentaux de l'être humain sont fondés sur les attributs de la personne humaine ce qui justifie leur protection internationale;
- le mouvement de libération en Afrique a eu comme principale doctrine la libération totale de l'Afrique, dont les peuples continuent à lutter pour leur indépendance véritable et leur dignité qui ne peuvent se réaliser pleinement que si les normes relatives aux droits de l'homme internationalement reconnues sont observées et complètement protégées;
- les droits civils et politiques sont indissociables des droits économiques et sociaux: la satisfaction des uns garantit la jouissance des autres. En effet, comme l'a déclaré le président Mugabe à l'ouverture du colloque: "Le déni des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas seulement une tragédie individuelle, mais elle crée également les conditions de troubles sociaux et politiques, en semant les graines de la violence et du conflit au sein et entre les sociétés et les nations".

Les participants se sont sentis encouragés dans leur travail par la déclaration du président Mugabe disant que, libérées de la domination coloniale et de la non observation du respect des droits de l'homme qu'implique une telle domination, les nations africaines ont un devoir particulier de sauvegarde et de respect des droits fondamentaux de l'homme pour la conquête desquels elles ont tant sacrifié, y compris la lutte contre toutes les formes de discrimination raciale. L'objectif final du combat pour la liberté en Afrique ne sera complètement atteint que lorsque le respect des droits de l'homme de chaque individu sera rigoureusement observé sur tout le continent - en tant qu'exemple et source d'inspiration de l'humanité, partout dans le monde. Comme l'a évoqué le présidente

Mugabe, Nelson Mandela disait: "Votre liberté et la mienne sont inséparables".

Les participants sont tombés d'accord sur les points suivants:

1. Les droits de l'homme fondamentaux et les libertés sont inhérents à la personne humaine. Dans certains cas, ils sont stipulés dans les constitutions, les lois et les principes du droit commun et du droit coutumier dans tous les pays. Ils sont également énoncés dans le droit international coutumier, les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ainsi que dans la doctrine du droit international relative aux droits de l'homme qui poursuit son évolution.
2. L'entrée en vigueur de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples est un pas de plus dans l'effort de plus en plus soutenu de l'humanité pour promouvoir et protéger les droits de l'homme fondamentaux énoncés à la fois dans les instruments universels et régionaux. Les violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales constatées à travers le monde, de mémoire d'homme (et qu'on continue de constater), donnent l'élan à un effort de promotion et de protection plus efficaces, au vu aussi de notre monde de plus en plus interdépendant et aux distances de plus en plus courtes.
3. Mais les belles déclarations contenues dans les droits internes ou dans les instruments internationaux et régionaux ne sont pas suffisantes. Il est plus essentiel de développer une culture du respect des normes internationalement reconnues, relatives aux droits de l'homme, culture qui assure la traduction de ces normes en droit interne dans chaque pays et leur pleine application. Ces normes ne doivent pas être considérées comme étrangères aux lois nationales dans les tribunaux nationaux. C'est dans ce contexte que les Principes sur l'application en droit interne des normes internationales relatives aux droits de l'homme, adoptés à Bangalore en février 1988, sont chaleureusement approuvés par les participants. Ils réaffirment notamment que, sauf lorsque la loi nationale est claire et inconciliable avec les obligations internationales de l'Etat concerné, il est dans la nature

même de la procédure judiciaire que les tribunaux nationaux appliquent les normes internationales relatives aux droits de l'homme - que celles-ci soient ou non incorporées au droit interne ou que l'Etat concerné soit ou non Partie à un pacte qui reconnaisse le droit international coutumier - lorsque le droit interne, de source légale ou constitutionnelle, est incertain ou incomplet ou lorsque le droit commun présente des lacunes. Les participants ont constaté plusieurs exemples récents dans des pays du Commonwealth où cette procédure avait été adoptée par des tribunaux de la plus haute instance - y compris en Australie, en Inde, à l'île Maurice, au Royaume-Uni et au Zimbabwe.

4. Il est particulièrement nécessaire de faire en sorte que les juges, avocats, ceux qui s'adressent à la justice et les autres prennent conscience des normes applicables relatives aux droits de l'homme - énoncées dans les instruments internationaux et autres. A cet égard, les participants ont approuvé l'esprit de l'article 25 de la Charte africaine. Aux termes de cet article, les Etats parties à la Charte ont le devoir de promouvoir et d'assurer, par l'enseignement, l'éducation et la diffusion, le respect des droits et des libertés (ainsi que les obligations et devoirs correspondants) contenus dans la Charte. Les participants attendent avec intérêt que la Commission mise sur pied par la Charte africaine développe son travail pour la promotion d'une conscience des droits de l'homme. A cet égard, le travail qu'accomplissent des publications telles que le *Commonwealth Law Bulletin*, le *Law Reports of the Commonwealth* et le *Bulletin* d'Interights (Le Centre international pour la protection juridique des droits de l'homme) a été particulièrement salué. Mais il faut accentuer l'effort pour favoriser l'application en droit interne des normes internationales relatives aux droits de l'homme. Cette nécessité a été reconnue dans les Principes adoptés à Bangalore, qui souhaitent de nouvelles initiatives dans l'enseignement juridique, la fourniture de matériaux aux bibliothèques et une meilleure circulation de l'information sur les progrès réalisés dans ce domaine à l'attention des magistrats, des avocats et, en particulier, des fonctionnaires responsables de l'application des lois. Les organisations non gouvernementales ont un rôle à jouer dans ces domaines comme dans d'autres, y compris dans le

domaine du développement des procédures judiciaires d'intérêt public.

5. En tant que mesure pratique permettant la réalisation des objectifs fixés par les Principes de Bangalore, les participants ont chargé le Département juridique du Secrétariat du Commonwealth de la rédaction d'un manuel destiné aux juges et avocats de tous les pays du Commonwealth contenant au moins les objets suivants:
 - les textes fondamentaux des instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme les plus significatifs;
 - une table des matières permettant facilement de repérer et de comparer les dispositions applicables de chaque instrument; et
 - un relevé à jour de la jurisprudence développée dans les tribunaux internationaux et nationaux dans le cadre des dispositions contenues dans lesdits instruments.

6. Si les juges et les avocats d'Afrique - et bien entendu du Commonwealth et du monde en général - ont à disposition des documents de référence de cette nature dans leur travail quotidien, cela augmentera les possibilités d'une meilleure utilisation des normes internationales relatives aux droits de l'homme. De la sorte, l'on pourra faire avancer le travail longue haleine entrepris pour le respect universel des droits fondamentaux de l'homme. Les magistrats et les avocats ont le devoir de se familiariser avec la doctrine évolutive du droit international relatif aux droits de l'homme. Dans la mesure que le permet la loi, ils doivent être fidèles aux normes relatives aux droits de l'homme dans l'exercice de leurs fonctions.

Ainsi, les nobles idéaux proclamés dans les instruments internationaux trouveront-ils leur traduction dans la réalité juridique pour le bénéfice non seulement du peuple que nous servons, mais aussi de tous les peuples de la terre.

Harare
le 22 avril 1989

Déclaration de la Grenade sur le pouvoir judiciaire et les droits de l'homme dans le Commonwealth antillais

Les 11 et 12 septembre 1989, en collaboration avec le Programme des Caraïbes pour l'amélioration de la justice de l'Université des Caraïbes orientales, et en coopération avec le Centre des Nations Unies pour les droits de l'homme, le CIMA et la CIJ ont organisé un séminaire à la Grenade, Caraïbes orientales, sur "le pouvoir judiciaire et les droits de l'homme dans le Commonwealth antillais." Le séminaire a réuni 55 juristes de renom des Caraïbes, dont les présidents des Cours suprêmes de la Barbade, de la Grenade, de la Guyane et de la Jamaïque, les procureurs généraux d'Antigue, de la Barbade, de la Guyane, de la Jamaïque et de St. Kitts et six présidents du barreau. En outre, d'éminents juristes étrangers à la région, tels que P. N. Bhagwati, ancien président de la Cour suprême de l'Inde, ont prononcé des discours lors de la réunion et pris part aux débats.

A l'issue de la réunion, suivant la motion présentée par M. Carl Rattray, Q.C., procureur général de la Jamaïque, le séminaire a adopté la déclaration suivante:

"Les participants au séminaire sur le pouvoir judiciaire et les droits de l'homme dans le Commonwealth antillais,

Réunis à la Grenade les 11 et 12 septembre 1989 sous les auspices de la Commission internationale de juristes, son Centre pour l'indépendance des magistrats et des avocats et le Programme pour l'amélioration de la justice dans les Caraïbes, et avec la coopération du Centre des Nations Unies pour les droits de l'homme,

Estimant que le séminaire a constitué une excellente occasion d'échange d'expériences, d'opinions et d'informations sur des sujets et des problèmes communs,

Convaincus que l'application rigoureuse de la primauté du droit, des garanties constitutionnelles et des normes internationales et régionales relatives aux droits de l'homme, sont essentielles à la satisfaction des aspira-

tions du peuple du Commonwealth antillais à une société fondée sur les droits et les libertés individuelles et sur la primauté du droit,

Décident:

- 1) De poursuivre résolument leur action pour l'application des droits de l'homme par les tribunaux, conformément à l'esprit de la Déclaration universelle des droits de l'homme.
- 2) De maintenir les contacts et poursuivre l'échange d'expériences et d'informations sur l'application en justice des droits de l'homme dans le Commonwealth antillais.
- 3) D'encourager la ratification par tous les Etats du Commonwealth antillais des conventions internationales et régionales relatives aux droits de l'homme, spécialement les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, la Convention contre la torture, et la Convention américaine relative aux droits de l'homme.
- 4) D'inviter les gouvernements, les organisations et les institutions académiques dans le Commonwealth antillais, ainsi que les organisations internationales telles que les Nations Unies, l'OEA et la Commission internationale de juristes, et les organisations régionales telles que l'Organisation des associations du barreau du Commonwealth antillais (OCCBA), le CARICOM et Caribbean Rights, de poursuivre leurs efforts pour une amélioration de l'application des droits de l'homme par les tribunaux dans le Commonwealth antillais.
- 5) D'accorder une attention particulière au renforcement de la coopération régionale dans les domaines suivants:
 - a) la collecte et la publication des arrêts des tribunaux du Commonwealth antillais sur l'application par les tribunaux des normes internationales relatives aux droits de l'homme et des garanties constitutionnelles pour les droits de l'homme;
 - b) la formation plus approfondie des étudiants en droit et avocats du Commonwealth antillais concernant l'application des normes in-

- ternationales et régionales relatives aux droits de l'homme au niveau des tribunaux nationaux;
- c) la fourniture de toute information pertinente aux magistrats et avocats du Commonwealth antillais pour leur permettre de poursuivre leurs efforts pour l'application judiciaire des garanties pour les droits de l'homme;
 - d) l'organisation de réunions consultatives régulières de responsables des gouvernements pour l'application, dans chaque pays, des conventions internationales et régionales relatives aux droits de l'homme, en particulier les responsables chargés de la rédaction des rapports et conclusions aux organes internationaux de supervision;
 - e) l'organisation de cours avancés sur les droits de l'homme dans les écoles, lycées et universités du Commonwealth antillais;
 - f) l'identification de problèmes et préoccupations spécifiques au Commonwealth antillais et qui peuvent exiger l'élaboration de normes régionales des droits de l'homme pour le Commonwealth antillais, de manière à garantir la jouissance la plus pleine possible des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le Commonwealth antillais;
 - g) le développement par les pays du Commonwealth antillais de formes appropriées d'une solution urgente face aux situations de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le Commonwealth antillais;
 - h) la définition pour le CARICOM d'un rôle approprié de promotion de la coopération régionale pour le renforcement de la protection des droits de l'homme dans le Commonwealth antillais;
 - i) le développement et le renforcement de la collaboration entre les institutions gouvernementales, non gouvernementales, académiques et autres dans le Commonwealth antillais pour un meilleur respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le Commonwealth antillais;
 - j) l'amélioration des systèmes d'assistance juridique dans le Commonwealth antillais; et enfin
 - k) la création d'une Cour d'appel du Commonwealth antillais pour faciliter au public l'accès à ce degré de juridiction et pour l'élaboration d'une jurisprudence propre au Commonwealth antillais".

La représentation juridique en Irlande du Nord Rapport d'une délégation internationale d'avocats

Patrick Finucane, un avocat de Belfast de 38 ans, a été abattu le 12 février 1989 à son domicile, devant sa femme et ses enfants. C'est le premier avocat tué en Irlande du Nord depuis 1969.

Pendant de nombreuses années, M. Finucane avait défendu des membres de l'armée républicaine irlandaise et joué un rôle actif dans plusieurs affaires de droits des prisonniers, ce qui lui avait valu l'attention des medias. En 1981, il avait représenté les familles de grévistes de la faim, mort en prison. Il avait aussi défendu la veuve d'une personne, victime en 1982 des gardes du Royal Ulster Constabulary (RUC), lors d'un incident au cours duquel ceux-ci avaient tiré sur des membres non armés de l'IRA "avec l'intention de tuer". Il avait gagné plusieurs procès en Irlande du Nord et à la Cour Européenne des Droits de l'homme concernant des plaintes pour mauvais traitements de prisonniers et autres mauvais agissements de la part de la police.

Il avait pris part à la récente contestation de l'interdiction par le ministre de l'Intérieure britannique de tout interview à la radio de représentant du sinn Fein (la branche politique de l'IRA). En janvier 1989, il avait contesté et renversé la décision des autorités de refuser de donner du matériel de lecture et des lits aux prisonniers protestants et catholiques en isolement cellulaire.

M. Finucane avait ouvertement critiqué les institutions judiciaires et les organes responsables de l'application des lois en Irlande du Nord, y compris le 'Diplock Court System' (procédure par laquelle le prévenu est jugé sans jury), l'attitude des forces de sécurité britanniques, et l'usage de la torture contre les prisonniers et les détenus.

M. Finucane dînait avec sa famille lorsque trois hommes armés ont fait irruption chez lui, l'ont abattu et ont blessé sa femme. Les trois assassins s'enfuirent à bord d'un taxi détourné.

Aucune arrestations n'a été effectuée. Le meurtre a été revendiqué par les Combattants de la liberté en Ulster, un groupe paramilitaire loyaliste.

Une délégation internationale d'avocats s'est rendue à Belfast pour enquêter sur les problèmes posés par la mort de Finucane et pour faire des recommandations. La délégation représentait le Barreau de Paris, la Fédération internationale pour les droits de l'homme, l'Association internationale des avocats démocrates, la Société Haldane des avocats socialistes et le Conseil national pour les libertés civiles (Londres); la délégation était composée de Georges-Henri Beathier, Geoffrey Bindman, Jean-Yves Carlier, Paul Hunt et Yves Laurin.

La délégation a conclu que l'effet cumulatif des larges pouvoirs d'arrestation en Irlande du Nord, la période de détention de sept jours, l'abolition du droit de garder le silence, les limitations de l'accès à un avocat, les pratiques interrogatoires douteuses, les règles légères qui fixent le cadre de la recevabilité des confessions, la fiabilité des aveux et les tribunaux sans jury, a créé, en matière pénale, une justice nettement défavorable aux inculpés. Cette situation suscite la préoccupation des avocats face à ce qui apparaît comme une campagne de calomnies et de procès d'intention contre certains avocats, actifs sur terrain pénal.

En 1984, dans un rapport consacré à l'utilisation des moyens de preuves dits "Supergrass", en Irlande du Nord, Lord Gifford, QC a cité une déclaration de la police qui affirmait être au courant des informations passées à l'IRA par certains avocats.

Le rapport fait état de nombreuses autres "calomnies" véhiculées par le RUC contre des Avocats. Dans un tel contexte, le rapport trouve "extraordinaires" les commentaires faits le 17 janvier 1989 en Commission par le député Douglas Hogg, sous-secrétaire d'Etat au ministère de l'Intérieur, lors d'une discussion d'un projet de loi sur le terrorisme concernant le droit des avocats de divulguer certaines informations avec, pour objectif d'exécuter les instructions de leurs clients ou de les conseiller.

Dans sa tentative de justifier son empiètement sur ce droit, le secrétaire d'Etat Hogg a déclaré. "Je le dis, avec grand regret, que c'est un fait qu'il

existe en Irlande du Nord un certain nombre d'avocats dont la sympathie pour la cause de l'IRA est illégitime. Je dis bien: il y a dans cette Province un certain nombre d'avocats dont la sympathie pour la cause de l'IRA est illégitime. Que l'on garde cela à l'esprit."

Selon le rapport, ces remarques ont choqué beaucoup de membres de la profession juridique en Irlande du Nord. Le secrétaire de la Société de droit de l'Irlande du Nord adressa une lettre à M. Hogg pour déplorer ces remarques et déclarer que si elles étaient vraies, le corps des avocats soutiendrait toute action visant à faire rendre des comptes à un avocat coupable d'activités criminelles. *L'indépendant* et le *Guardian* ont également critiqué cette déclaration dans des éditoriaux, et certaines personnes ont demandé la démission de M. Hogg.

Réagissant aux remarques de M. Hogg, le sous-secrétaire Seamus Mallon a déclaré: "Je suis convaincu qu'il y a des avocats, à pied dans les rues ou en voiture sur les routes d'Irlande du Nord, dont la déclaration de cette nuit a fait la cible des assassins".

La délégation a déclaré qu'elle était convaincue que la déclaration de Douglas Hogg et le meurtre de Patrick Finucane ont produits un effet significatif sur les avocats et avoués qui plaident dans les affaires relatives aux lois d'urgences en Irlande du Nord.

Voici le résumé et les conclusions de la délégation:

- C'est une des règles essentielles de la primauté du droit que les personnes accusées de crime aient accès à une représentation juridique qualifiée et indépendante.
- Il existe en Irlande du Nord un arsenal de lois d'urgence, dont certaines violent la primauté du droit et les règles internationales relatives au Droit de l'homme.
- Les lois d'urgence, qui accordent de larges pouvoirs à la police et sapent considérablement les droits des suspects, font assumer une responsabilité particulièrement lourde aux avocats de la défense qui

deviennent de plus en plus isolés et exposés. Dans un contexte tendu tel qu'il existe en Irlande du Nord, cette situation peut donner lieu à l'intimidation, au harcèlement et à des agressions physiques.

- Les avocats qui défendent des affaires pénales en Irlande du Nord ne limitent pas leur exercice à telle ou telle autre communauté.
- Le rôle d'un avocat de la défense dans des affaires pénales et de défendre aussi vigoureusement que nécessaire tous les arguments et moyens de preuve au service de son client lui-même, en tirant parti de son expérience et de sa formation d'avocat.
- Dans une société aussi tendue et violente que l'est l'Irlande du Nord, les avocats sont placés dans une situation extrêmement dangereuse si l'on commet l'erreur de les identifier avec les opinions politiques de leurs clients.
- Plusieurs aspects de la loi et de l'exécution des dispositions d'urgence trahissent la méfiance des autorités vis-à-vis de la profession juridique en Irlande du Nord. Ces manifestations publiques de la méfiance des pouvoirs publics vis-à-vis de la profession juridique s'ajoutent à d'autres facteurs pour contribuer à isoler davantage et à rendre vulnérable un certain nombre d'avocats en Irlande du Nord.
- Bien que les pouvoirs de la police aient été étendus, certains membres des forces de sécurité considèrent toujours la loi comme une obstruction à la réalisation de leurs objectifs. Parmi ce qui est considéré comme éléments de cette obstruction se trouve un petit groupe d'avocats de la défense, symbolisé par Parick Finucane.
- Des allégations font état de campagnes de calomnies et de procès d'intention menés par le RUC contre des avocats en Irlande du Nord. Certaines de ces allégations... sont convaincantes; elles sont également dangereuses pour ceux qu'elles visent.
- Dans le contexte politique tendu et à l'équilibre fragile de l'Irlande du Nord, on pouvait s'attendre à ce qu'une accusation du genre de

celle portée le 17 janvier 1989 par Douglas Hogg provoque un acte de terrorisme contre un avocat d'Irlande du Nord. Bien entendu, nous n'avons trouvé aucune preuve qui établisse un lien direct entre la déclaration de Douglas Hogg et le meurtre de Patrick Finucane, 26 jours plus tard. Nous estimons, toutefois, que la déclaration de Douglas Hogg a contribué à créer un climat qui accroisse les probabilités du meurtre de Patrick Finucane ou d'un autre avocat.

- Des preuves convaincantes existent concernant l'utilisation par les autorités britanniques de 'sales combines' illégales en Irlande du Nord; une enquête doit établir le lien, s'il existe, entre les responsables de ces opérations secrètes et ceux qui ont conseillé Douglas Hogg le 17 janvier.
- Une partie de la presse a fait preuve d'une irresponsabilité coupable dans sa manière de dépeindre les avocats qui défendent des membres de l'IRA.
- La déclaration de Douglas Hogg et le meurtre de Patrick Finucane ont produit un effet significatif sur les mesures de sécurité prises par les avocats de la défense dans des procès relatifs aux lois d'urgence en Irlande du Nord. L'impact des menaces des groupes paramilitaires contre les avocats est plus important aujourd'hui qu'il ne l'était avant la déclaration de Hogg ou le meurtre.
- A notre avis, un petit nombre d'actions en justice ne sont pas conduites comme elles l'auraient été avant janvier 1989.
- A la lumière des preuves de collusion entre groupes paramilitaires loyalistes et membres des forces de sécurité en Irlande, nous estimons qu'une enquête judiciaire devrait être ordonnée suivant nos recommandations pour examiner aussi cette question.

La mission a fait les recommandations suivantes:

- Une enquête judiciaire publique et complète doit être ouverte pour éclaircir.

Les motifs de la déclaration faite par Douglas Hogg le 17 janvier concernant les avocats en Irlande du Nord.

Les insultes que les agents du RUC auraient proférées contre les avocats lors d'interrogatoires de prévenus...

Les allégations de collusion entre les groupes paramilitaires et les membres des forces de sécurité en Irlande du Nord.

- Le gouvernement devrait examiner avec les membres de la profession juridique les mesures à prendre pour réparer les dommages causés par la déclaration de Douglas Hogg du 17 janvier 1989.
- La Société de droit et le Conseil du barreau de l'Irlande du Nord devraient se réunir régulièrement avec le ministère chargé des affaires de l'Irlande du Nord pour discuter des pressions exercées sur la profession juridique.
- Partout où il est possible, les avocats faisant l'objet de menaces devraient les dénoncer, en gardant l'anonymat s'ils le souhaitent. Ce n'est que lorsque les menaces sont connues que l'on peut évaluer l'importance du problème et adopter des stratégies pour y faire face.
- Malgré le manque de confiance dans certaines instances, dans le RUC, les menaces devraient être dénoncées à la police. En outre, ... la profession juridique en Irlande du Nord devrait mettre sur pied un comité pour recueillir discrètement les menaces contre les avocats.
- Si l'intimidation atteint des proportions significatives, ... la profession juridique en Irlande du Nord devrait créer un comité d'avocats prêts à défendre en justice un avocat qui fait l'objet d'une intimidation ou qui craint d'en être l'objet.
- Il faudrait envisager d'associer une association professionnelle ou une autre organisation à la conduite de certains procès impliquant des menaces contre un avocat.
- La Société de droit et le Conseil du barreau d'Irlande du Nord doivent être en contact avec leur homologues de Grande-Bretagne pour

s'assurer que les questions traitées dans le présent rapport soient abordées au sein de toute la profession juridique dans le Royaume-Uni.

- La presse et le Syndicat national des journalistes devraient rappeler à leurs membres le danger que cela comporte d'associer les avocats avec les opinions de leurs clients.
- L'enquête de police sur le meurtre de Patrick Finucane devrait être poursuivie avec plus de diligence; ... cette enquête devrait être supervisée par une autorité étrangère à la police.
- Au début de 1990, lorsque seront étendues à l'Irlande du Nord les dispositions de la 'Police and Criminal Evidence Act', ... celles concernant les enregistrements sonores des interrogatoires de tous les suspects devraient être appliquées en priorité. Les avocats de la défense devraient avoir accès aux bandes reproduisant ces interrogatoires. La mission s'est vigoureusement opposée à l'idée que les interrogatoires des présumés terroristes soient exclus de l'enregistrement sonore.
- Des directives du RUC devraient être établies afin de définir ce que les interrogateurs ont le droit de dire aux suspects à propos des avocats de la défense; la violation de telles Directives devrait constituer une infraction relevant du conseil de discipline.
- Les avocats professionnels des autres pays se solidarisent, dans la mesure de leurs moyens, avec leurs collègues d'Irlande du Nord.

ACTIVITES DES NATIONS UNIES

1. Section des Nations Unies pour la prévention du crime

- a) LE CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL ADOPTE DES "REGLES POUR L'APPLICATION EFFECTIVE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX RELATIFS A L'INDEPENDANCE DE LA MAGISTRATURE".

Le 7ème Congrès des Nations Unies sur la prévention du crime et le traitement des délinquants, qui s'est tenue à Milan, en Italie, du 26 août au 6 septembre 1985, a adopté par consensus les "Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature"¹. Ces documents du Congrès ont été "approuvés" par l'Assemblée générale des Nations Unies (A/RES/40/32 du 29 novembre 1985) qui a ensuite salué tout particulièrement les Principes de base et invité les gouvernements "à les respecter et à en tenir compte dans le cadre de leurs législations et pratiques nationales" (A/RES/40/146, 13 décembre 1985).

Comme nous l'avons écrit dans le Bulletin No. 22, le projet de "règles pour l'application effective des Principes fondamentaux" a été adopté par le Comité pour la prévention du crime et la lutte contre la délinquance lors de sa dixième session tenue à Vienne du 22 au 31 août 1988. Ce projet de procédures a été reproduit dans le Bulletin No. 23.

Le 24 mai 1989, le Conseil économique et social (ECOSOC) a adopté les Règles par sa résolution 1989/60.

¹ Voir Droits de l'Homme: Recueil d'instruments internationaux (publication des Nations Unies, No. de vente E 88.XIV.1), chap. G 38. Reproduit dans les Bulletins du CIMA Nos. 16 et 23

b) **AMENDEMENT DU PROJET DE PRINCIPES DE BASE RELATIFS AU ROLE DU BARREAU**

Le projet de "Principes de base relatifs au rôle du barreau" (reproduit dans le Bulletin No. 23) a été discuté au cours de cinq réunions régionales préparatoires au 8ème Congrès et plusieurs amendements ont été proposés. En outre, la Commission des droits de l'homme a demandé au Comité pour la prévention du crime et au 8ème Congrès de tenir compte, en complétant leurs travaux sur le projet de principes, du projet de déclaration élaboré par L.M. Singhvi (voir ci-dessous). Ainsi, le secrétariat de la Section des Nations Unies pour la prévention du crime a-t-il demandé au CIMA de proposer un nouveau texte tenant compte des propositions faites aux réunions régionales ainsi que des points contenus dans la déclaration de M. Singhvi et qui ne figuraient pas dans le projet. Les amendements proposés par le CIMA ont été largement incorporés dans le nouveau projet, qui sera présenté au Comité pour la prévention du crime et la lutte contre la délinquance en février 1990, puis au 8ème Congrès en août 1990.

2. La Sous-commission des Nations Unies nomme M. Joinet pour réfléchir sur les moyens de protection des magistrats et des avocats

Lors de sa 40ème session tenue en août 1988, la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités a transmis à la Commission des droits de l'homme le projet de "Déclaration sur l'indépendance de la justice" préparé par le Rapporteur spécial L.M. Singhvi, d'Inde. Elle a également inscrit à son futur ordre du jour un point spécial relatif à l'examen de l'indépendance des magistrats et des avocats (voir Bulletin No. 22). En mars 1989, dans sa résolution 1989/32, la Commission des droits de l'homme a:

- invité les gouvernements a tenir compte de la déclaration de Singhvi dans l'application des Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature;

- demandé au Comité pour la prévention du crime et au 8ème Congrès de prendre en compte les principes élaborés par M. Singhvi en complétant leurs travaux sur le projet de principes de base relatifs au Rôle du Barreau; et
- demandé à la Sous-commission d'invoquer son nouveau point de l'ordre du jour pour examiner "des moyens efficaces de veiller à l'application des Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature et à la protection des avocats dans l'exercice de leur profession."

Lors de la 41ème session de la Sous-commission, qui s'est tenue en août 1989, le CIMA a présenté son rapport sur "le harcèlement et la persécution des magistrats et des avocats: janvier 1988 - juin 1989" (voir le présent Bulletin) et a invité la Sous-commission à accéder instamment à la requête de la Commission.

A la suite de la demande du CIMA, la Sous-commission a adopté une résolution dans laquelle elle s'est déclarée "troublée par la persistance du harcèlement et de la persécution auxquels les juges et les avocats sont en butte dans de nombreux pays." Elle a invité les gouvernements à respecter l'indépendance de la magistrature et à garantir la protection des avocats professionnels. Plus important, elle a prié l'expert français, M. Louis Joinet, d'élaborer un document de travail sur les moyens que la Sous-commission pourrait mettre en oeuvre pour "contribuer à garantir le respect de l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des avocats dans l'exercice de leur profession."

Le CIMA salue la nomination de M. Joinet, magistrat à la Cour de Cassation, ancien secrétaire-général du Syndicat de la magistrature française et membre du Comité consultatif du CIMA, et se félicite de collaborer à la préparation de son étude.

HARCELEMENT ET PERSECUTION DE MAGISTRATS ET D'AVOCATS janvier 1988 - juin 1989

Le 14 août 1989, le CIMA a fait paraître son premier rapport annuel sur le harcèlement et la persécution de magistrats et d'avocats. Le rapport donnait une liste de 145 magistrats et avocats qui avaient été harcelés, détenus ou tués pour avoir exercé leurs activités professionnelles dans 31 pays entre janvier 1988 et juin 1989. Celle-ci comprenait 35 juristes assassinés, 37 retenus prisonniers et 38 qui avaient été attaqués ou menacés de violences durant les 18 derniers mois. D'autre part, 13 avaient été sanctionnés dans l'exercice de leur profession (rayés du barreau, mutés, bannis etc.) Les pays qui comptaient le plus de ces cas seraient les Philippines (28) (y compris 6 tués et 17 attaqués ou menacés de violence), la Colombie (23) (2 tués, 2 attaqués ou menacés) et le Pérou (15) (2 tués et 9 attaqués ou menacés).

En publiant ce rapport, le directeur du CIMA a souligné que la protection des droits de l'homme exigeait que soit satisfaite la condition préliminaire que les avocats soient libres de défendre toutes les causes (même celles qui ne sont pas populaires) sans contraintes de représailles. Pourtant, il relevait que "dans de trop nombreux pays, les avocats risquent leur liberté voire même leur vie, lorsqu'ils remplissent leurs obligations professionnelles".

Le rapport, présenté à la session de 1989 de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, a fait l'objet d'une publicité importante, incluant un article remarqué dans *le Monde*. De plus, le *International Herald Tribune* du 28 août a fait paraître un article basé sur le rapport du directeur du CIMA, intitulé "Stand up for Human Rights Lawyers".

Le CIMA prévoit de faire paraître un tel rapport annuellement au mois d'août, et appeler les associations du barreau et les groupes d'activistes défendant les droits de l'homme partout dans le monde à lui faire parvenir des informations relatives au harcèlement et à la persécution des magistrats et des avocats.

CENTRE POUR L'INDEPENDENCE DES MAGISTRATS ET DES AVOCATS

CONSEIL CONSULTATIF

(En formation)

Président

P.N. BHAGWATI

Ancien président de la cour suprême de l'Inde

Membres

PERFECTO ANDRES IBAÑEZ

Magistrat, Espagne

LLOYD BARNETT

Président, Organisation du barreau des Caraïbes, Jamaïque

AMAR BENTOUMI

Secrétaire général, Association internationale des juristes démocrates, Algérie

SIR ROBIN COOKE

Président de la Cour fédérale, Nouvelle-Zélande

MARIE-JOSÉ CRESPIN

Présidente, Première section, Cour suprême du Sénégal

PARAM CUMARASWAMY

Président, Comité des droits de l'homme, Association internationale des barreaux, Ancien président, Barreau de Malaisie

JULES DESCHÊNES

Ancien président, Cour suprême du Québec, Canada

ENOCH DUMBUTSHENA

Président, Cour suprême du Zimbabwe

DIEGO GARCIA-SAYAN

Secrétaire exécutif, Commission andine de juristes

Membre, Groupe de travail de l'ONU sur les disparitions, Pérou

STEPHEN KLITZMAN

Président, Committee on International Human Rights, Association américaine du barreau

LOUIS JOINET

Magistrat

Membre de la Sous-commission des droits de l'homme de l'ONU, France

GIOVANNI LONGO

Secrétaire général, Union internationale des magistrats

PABLITO SANIDAD

Juge à la Cour suprême d'Italie

Président, Free Legal Assistance Group, Philippines

BEINUSZ SZMUKLER

Président, Association américaine des juristes, Argentine

ABDERAHMAN YOUSOUFFI

Assistant secrétaire général, Union des avocats arabes

Vice-président, Organisation arabe des droits de l'homme, Maroc

SURIYA WICKREMASINGHE

Avocate, Sri Lanka

DIRECTEUR

REED BRODY

**The Harassment and Persecution of Judges and Lawyers
January 1988 to June 1989**

*Edited by Reed Brody. Published by the ICJ, Geneva 1989.
English. ISBN 92 92037 043 2. Swiss Francs 12, plus postage.*

**The Independence of Judges and Lawyers in the
Commonwealth Caribbean**

*Report of a seminar held in Tobago from 12 to 13 September 1988.
Convened by the CIJL, ICJ and the UWI/USAID Caribbean Justice Improvement Project.
Published by Caribbean Graphics, Barbados, 1989.
English. Swiss Francs 12, plus postage.*

**L'indépendance des magistrats, des avocats et des officiers
ministériels en République de Guinée**

*Report of a mission for the CIJL by Maître Aminata Mbaye (Senegal)
and Yao Bohue Martin (Ivory Coast).
Published by the ICJ, Geneva 1989.
French. ISBN 92 9037 042 4. Swiss Francs 10, plus postage.*

**Paraguay: Seminario Internacional
sobre Independencia del Poder Judicial**

*Report of a Seminar held in Asunción from 9 to 11 November 1988.
Convened by the Law Faculty of the Catholic University of Asunción,
the Bar Association of Paraguay, SIJADEP, the CIJL and the ICJ.
Published by La Ley S.A. Editorial, Asunción, 1988.
Spanish. Swiss Francs 15, plus postage.*

South Asia: The Independence of Judges and Lawyers

*Report of a Seminar held in Kathmandu from 1 to 5 September 1987.
Convened by the CIJL, ICJ and the Nepal Law Society. Published by the ICJ, Geneva, 1988.
English. ISBN 92 0037 035 1. Swiss Francs 12, plus postage.*

**La Independencia de Jueces y Abogados en Argentina,
Brasil, Paraguay y Uruguay**

*Report of a Seminar held in Buenos Aires from 21 to 25 March 1988.
Convened by the CIJL, ICJ, the Centro de Estudios Legales y Sociales and
the Asociación de Abogados de Buenos Aires.
Published by Editorial M.B.A., Montevideo, 1988.
Spanish. Swiss Francs 15, plus postage.*

**The Independence of the Judiciary and the Legal Profession
in English-Speaking Africa**

*Report of Seminars held in Lusaka from 10 to 14 November 1986
and Banjul from 6 to 10 April 1987.
Convened by the CIJL, ICJ and the African Bar Association.
Published by the ICJ, Geneva, 1988.
English. ISBN 92 9037 038 6. Swiss Francs 20, plus postage.*

*Ces publications sont disponibles auprès de:
CIJ, B.P. 120, CH-1224 Chêne-Bougeries / GE, Suisse
Section canadienne CIJ, 236 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, K2P 1R3, Canada*