



COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

Strasbourg, le 28 février 2008

Avis n° 464 / 2008

CDL(2008)019*
Or. angl./fr.

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

OBSERVATIONS

**SUR LES PROJETS DE LOIS SUR LE
CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE
ET SUR L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX
DE LA RÉPUBLIQUE DE SERBIE**

par

M. Pierre CORNU
**(Expert suisse, Direction de la Coopération juridique de la Direction
générale des Droits de l'Homme et des Affaires juridiques, Conseil
de l'Europe)**

**Ce document a été classé en diffusion restreinte le jour de la diffusion. Sauf si la Commission de Venise en décidait autrement, il sera déclassifié un an après sa publication en application des règles établies dans la Résolution CM/Res(2001)6 sur l'accès aux documents du Conseil de l'Europe.*

1. INTRODUCTION

Le soussigné a reçu un mandat du Conseil de l'Europe aux fins d'examiner les projets de "*High Court Council Act*" et de "*Law on Organisation of Courts*" de la République de Serbie, projets préparés par un groupe de travail comprenant notamment des juges, un professeur de droit et un représentant des avocats.

Le but de la présente expertise consiste principalement à examiner la conformité des projets aux règles européennes en la matière. Ces règles résultent en particulier de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), de la Recommandation R (94) 12 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges, de la Charte européenne sur le statut des juges adoptée en 1998 sous l'égide du même Conseil de l'Europe et des opinions émises par le Conseil consultatif des juges européens. Ces textes, mise à part la Convention, n'ont certes pas de valeur normative formelle, mais ils expriment un consensus européen dans les domaines considérés et, à ce titre, doivent ou au moins devraient inspirer les législateurs nationaux.

Pour la présente expertise, le soussigné a reçu les textes dans une traduction anglaise. Même si les textes anglais paraissent être de bonne qualité, des problèmes de compréhension dus à des imprécisions dans la traduction ne peuvent être exclus.

2. REMARQUES GENERALES

2.1. Qualité générale des projets

De toute évidence, les projets ont été préparés par des juristes compétents et bien au fait des règles européennes en la matière. Ces projets règlent ce qui doit l'être et ceci d'une manière qui, globalement, démontre le souci d'accorder au pouvoir judiciaire la place qui lui revient au sein de l'Etat et de lui permettre d'agir avec l'indépendance et l'autonomie nécessaires.

2.2. Cadre constitutionnel

Certaines solutions proposées dans les projets découlent d'exigences constitutionnelles. Ces exigences peuvent faire obstacle à la recherche de solutions législatives conformes aux standards européens. Il n'en reste pas moins que la République de Serbie devrait adopter des solutions adaptées à ces standards et que si une règle constitutionnelle serbe ne s'accorde pas avec le droit et les standards européens, cette règle devrait être changée.

D'autres experts ont examiné plus spécifiquement le cadre constitutionnel, de sorte qu'on évitera les redites et s'abstiendra d'autres commentaires sur ce sujet.

2.3. Densité normative

Les projets soumis à l'expertise se signalent par une grande densité normative: ils règlent la matière dans beaucoup de détails. Comme cela résulte d'une longue tradition en Europe centrale et orientale – et aussi parfois dans certains pays d'Europe occidentale – nous n'avons pas de motif de critiquer ce mode de procéder, même s'il a pour résultat que la consultation des lois peut parfois se révéler assez fastidieuse.

2.4. Provinces autonomes

A différents endroits dans les projets, il est question des "autonomous provinces", par exemple au sujet de leur représentation dans le "High Court Council" (HCC). Apparemment, cela se

réfère en particulier au Kosovo. Chacun comprendra que nous n'abordions pas ici la question de l'avenir de cette région et que nous nous abstenions donc de tout commentaire quant à la nécessité et à l'opportunité des dispositions mentionnant ces provinces autonomes.

2.5. Objectifs a poursuivre

Le but global des législations en cours de préparation est d'organiser l'activité, au sens large, des autorités judiciaires. Un but particulier doit consister à mettre les autorités judiciaires à l'abri des influences politiques, soit à garantir son indépendance dans le cadre de la séparation des pouvoirs.

La séparation des pouvoirs ne signifie pas que les différentes autorités peuvent s'ignorer, ni que l'on pourrait à l'avance prévenir tout conflit entre elles et toute influence de l'une sur l'autre. Pour ne citer que cet exemple, toutes les démocraties prévoient que le budget de l'Etat et de ses différentes composantes est voté par le parlement. Le gouvernement n'a pas le pouvoir de définir son propre budget. Le pouvoir judiciaire non plus. Il en résulte évidemment que le parlement peut influencer positivement ou négativement l'activité des autres pouvoirs, par le jeu des crédits budgétaires. On peut parfois le regretter, mais c'est ainsi. Dès lors, une indépendance totale ne peut pas exister, pour le pouvoir judiciaire comme pour le gouvernement. Mais il faut veiller à ne la restreindre que si aucune autre solution ne peut être envisagée.

3. REMARQUES PARTICULIERES SUR LES PROJETS

3.1. DRAFT HIGH COURT COUNCIL ACT

REMARQUE GENERALE

L'institution d'un HCC est évidemment nécessaire. Elle permet de laisser à une entité composée majoritairement de juges des compétences qui permettront au pouvoir judiciaire d'exercer ses fonctions avec l'indépendance et l'autonomie dont il a besoin, soit sans interventions continues d'autres autorités dans ses affaires internes. Elle permet d'assurer un certain tri dans les candidatures pour des postes de juges et donc d'éviter l'arbitraire dans la désignation de ces derniers. Elle crée un organe qui veillera à ce que la justice fonctionne bien, sans influences extérieures indues. Elle fournira aux juges et à leurs "partenaires" un espace de discussion où d'éventuels problèmes pourront être abordés.

Le HCC devrait être *"l'instance indépendante du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif au sein de laquelle siègent au moins pour moitié des juges élus par leurs pairs suivant des modalités garantissant la représentation la plus large de ceux-ci"*, prévue par le ch. 1.3 de la Charte européenne sur le statut des juges et qui doit intervenir notamment en matière de nomination et d'affectation des juges (ch. 3.1 & 3.3 de la Charte), de promotion des juges (ch. 4.1 de la Charte) et de responsabilité des juges (ch. 5.2 de la Charte).

I. GENERAL PROVISIONS - Scope of the Act

Article 1

Cette disposition définit de manière adéquate le champ couvert par la loi.

1. STATUS OF THE COUNCIL - Independence and Autonomy

Article 2

Le projet affirme l'indépendance et l'autonomie du HCC. C'est nécessaire et opportun, mais on pourrait être plus précis, par exemple en se référant au cadre constitutionnel.

Le second alinéa rappelle utilement que le pouvoir judiciaire ne vit pas que pour lui-même, ni sur une autre planète que les autres institutions, et que des contacts devront être entretenus entre le HCC et d'autres institutions, étatiques ou non. Cependant, on peut se demander si la formulation choisie est heureuse. Elle pourrait donner le sentiment que le HCC va consacrer une partie importante de son temps à ces contacts et/ou mettre un accent particulier sur des activités internationales, soit une coopération avec des *"judicial councils of other countries"* et avec des *"international organisations and bodies protecting the rights and liberties of citizens"*, une partie des ces activités internationales concernant donc aussi des contacts avec des organisations non gouvernementales.

A notre avis, le HCC doit essentiellement se consacrer à ses tâches internes à la République de Serbie, qui lui demanderont déjà beaucoup d'efforts en fonction des compétences très larges dévolues à ce Conseil. Les collaborations internationales ne peuvent jouer qu'un rôle très secondaire. Dans un premier temps, il sera sans doute utile au HCC de s'informer sur les pratiques mises en place dans des pays qui connaissent depuis plus longtemps des institutions comparables. Mais ensuite, le HCC devra voler de ses propres ailes, pour l'essentiel, et orienter son activité en fonction des besoins spécifiques en Serbie. Pour dire les choses autrement, la formulation choisie dans le projet donne l'impression que les membres du HCC entendent consacrer une part importante de leur temps à des voyages d'études à l'étranger et se feront largement conseiller par des organisations non gouvernementales. Ce n'est bien sûr pas ainsi que le message doit passer auprès des autres institutions étatiques et des citoyens de la République de Serbie.

Dès lors, nous proposons que le texte soit revu. Il pourrait simplement mentionner des coopérations avec les autres organes de l'Etat et d'autres institutions dans la mesure nécessaire pour les activités du HCC.

Funds for the work of the Council

Article 3

Il est normal que le HCC soit financé directement par le budget de l'Etat. Toute autre solution mettrait son indépendance gravement en danger.

D'après le second alinéa, le HCC n'a pas la compétence de défendre lui-même son budget devant le parlement. Cette compétence revient au gouvernement, puisque c'est à lui que le HCC adresse son projet de budget. Cette solution a aussi été retenue dans un certain nombre d'autres pays démocratiques, de sorte qu'on ne peut pas dire qu'elle ne serait pas conforme aux standards européens. Rappelons cependant que, dans certains autres pays, le HCC ou ce qui en tient lieu a reçu la compétence de défendre lui-même son budget devant le parlement, ce qui lui donne une indépendance plus marquée envers le gouvernement. Dans le système du projet ici discuté, le gouvernement peut librement choisir de défendre ou non les postes du budget proposé par le HCC et on peut imaginer qu'en cas de conflit entre ces deux organes, le gouvernement mettrait moins de zèle à obtenir pour le HCC les moyens nécessaires à son activité, avec le résultat éventuel que cette activité serait rendue plus difficile ou même en partie impossible.

Si on voulait affirmer encore plus clairement l'indépendance du HCC et la place du pouvoir judiciaire dans le cadre de l'Etat, on pourrait donc octroyer au HCC la compétence de défendre lui-

même son budget devant le parlement. Une telle solution pourrait nécessiter préalablement une révision constitutionnelle.

Soit dit en passant, il est parfaitement normal que ce soit le parlement qui décide souverainement du budget de l'Etat, y compris celui du HCC. Il ne saurait être question que ce dernier fixe lui-même son budget, hors du contrôle parlementaire, comme on l' a dit plus haut.

Article 4

Alors que l'art. 3 traitait de la préparation du budget, l'art. 4 règle l'utilisation concrète de ce budget. La placer sous l'autorité du président du HCC est adéquat, en ce sens qu'il serait contraire à l'autonomie de l'institution d'en laisser la compétence à un administrateur externe ou même interne et qu'il est opportun que le président, responsable de la bonne marche du HCC, puisse avoir la haute main sur les questions financières également. Cette solution est en tout cas adéquate si le président est un juge. Elle le serait beaucoup moins si la présidence était exercée par un tiers (sur la question de la présidence, voir ad art. 7).

Seat and Symbols of the Council

Article 5

Pas de remarques.

Composition of the Council

Article 6

La composition du HCC prévoit une assez large majorité de juges, ce qui est nécessaire pour éviter que l'indépendance du pouvoir judiciaire soit mise en danger par des manoeuvres politiques. La présence du "president of the Supreme Court of Cassation" s'impose, en sa qualité de plus haut magistrat judiciaire du pays. Tout aussi nécessaire est la représentation du gouvernement, par le ministre de la justice, et du parlement, par le président de la commission parlementaire chargée des affaires judiciaires. Tout conflit éventuel entre les pouvoirs pourra donc être discuté dans un cadre adéquat. Le HCC assurera aussi une certaine transparence du fonctionnement du pouvoir judiciaire, ceci également du fait de la représentation des avocats et professeurs de droit au sein de l'institution. On peut espérer que la composition du HCC, telle que la prévoit le projet, permettra d'éviter la plupart des polémiques publiques sur le fonctionnement de la justice: si le gouvernement, le parlement, les avocats ou les professeurs de droit ont des critiques à émettre envers la justice, ils disposeront au HCC d'un espace de discussion dans lequel ils pourront faire état des griefs de leur corporation et recevoir les réponses qu'ils attendent.

En fonction des larges compétences attribuées au HCC, prévoir qu'il sera composé de 11 membres – comme le fait le projet – est sans doute un minimum. Mais ce nombre peut difficilement être changé car un élargissement du HCC modifierait en principe le poids relatif des différentes institutions (7 juges, 4 non-juges), ce qui ne serait pas forcément souhaitable.

Une question qui pourrait être examinée est celle de savoir s'il ne faudrait pas prévoir des suppléances, en ce sens qu'un suppléant pourrait être désigné à chacun des membres du HCC. On peut en effet imaginer que le ministre de la justice ne sera pas toujours disponible pour les séances et qu'il pourrait en aller de même pour d'autres membres aussi. En cas d'absence ou de maladie plus ou moins prolongée d'un membre, son siège resterait vide dans le système actuel, avec la conséquence d'une modification du rapport de forces au sein du conseil. Ces problèmes

seraient évités avec les suppléances. Les suppléants ne devraient pas être employés à plein temps à cette activité, mais interviendraient seulement en cas de nécessité.

President and deputy president of the Council

Article 7

Le projet prévoit, quelle que soit l'alternative choisie, que le HCC sera présidé par un juge. Cette solution est sans doute la seule raisonnable, dans la mesure où il s'agit d'un organe judiciaire et dont la vocation est de défendre l'indépendance de l'institution judiciaire (en France, le Conseil supérieur de la magistrature est certes présidé par le président de la République, mais cela amène différents problèmes).

Dire si le président doit être celui de la "Supreme Court of Cassation", comme le prévoit la proposition principale, ou s'il peut s'agir d'un autre juge, comme le suggère la proposition alternative, est une question d'opportunité. D'un côté, il semble logique que le président du HCC soit le plus haut magistrat judiciaire du pays. Il pourrait surprendre, notamment pour des raisons de protocole, que ce plus haut magistrat doive siéger au HCC sous la présidence d'un juge de rang inférieur. Cependant, ce président est élu par le parlement, ce qui peut l'exposer à des pressions politiques. Des lors, la solution proposée par l'Association des juges, soit une élection du président du HCC par le HCC lui-même, paraît la meilleure.

Relationship with other bodies

Article 8

Une question à résoudre est celle de savoir si l'autorité du HCC pour requérir des informations et documents connaît ou non des limites. Qui définit si ce qui est demandé par le HCC à une autre autorité entre bien dans le cadre des informations "related to performance of tasks from the Council's purview" ? Qui arbitrera les litiges qui pourraient survenir quand le HCC demandera des documents au gouvernement ? Ces problèmes pourraient faire l'objet d'une nouvelle réflexion.

2. STATUS OF MEMBERS

Immunity

Article 9

En Europe coexistent différentes solutions en rapport avec l'immunité pénale accordée aux membres des autorités et en particulier des autorités judiciaires. Certains Etats reconnaissent une très large immunité à leurs juges, alors que d'autres les traitent comme n'importe quel citoyen à cet égard. C'est dire qu'il s'agit là d'une question d'opportunité qu'un expert peut difficilement trancher à la place des autorités locales.

Cela dit, accorder une immunité aux juges et comme en l'espèce aux membres du HCC offre aux personnes concernées des garanties d'indépendance et leur permet de remplir leurs fonctions sans avoir à se défendre constamment contre des accusations venant de personnes mal intentionnées. L'immunité pour les propos tenus lors des séances du HCC permet à ses membres de s'exprimer librement et franchement, même si les excès ne devraient pas être tolérés.

Quelques autres remarques encore:

a) il est normal que l'immunité des membres du HCC ne soit pas moins étendue que celle des juges, ni qu'elle ne soit pas plus large non plus;

b) on ne comprend pas très bien le deuxième alinéa: d'une part, on prévoit l'immunité pour les opinions exprimées au sein du HCC, mais, d'autre part, on excepte de l'immunité – si nous avons bien compris - les infractions pénales que ces propos pourraient constituer. Nous voyons là une contradiction: si l'immunité ne vaut pas pour les infractions pénales (on imagine par exemple l'injure et la diffamation), on ne voit pas à quoi elle s'appliquerait;

c) l'approbation nécessaire du HCC pour la détention d'un de ses membres offre une garantie supplémentaire. Mais elle ne devrait pas être absolue: quid si le ministère public découvre un cas de corruption ? Faut-il vraiment que le ministère public obtienne d'abord l'accord du HCC, avant de pouvoir interpellier le membre présumé fautif ? Une réglementation spéciale pourrait donc être prévue pour les cas d'urgence.

Emoluments

Article 10

Si nous avons bien compris, les juges qui seront membres du HCC devraient en principe exercer leur activité à plein temps (voir l'art. 51, qui les dispense de traiter des affaires dans le tribunal dont ils sont issus). On part donc de l'idée que la rémunération prévue à l'art. 10 s'ajoutera à celle qu'ils continueront à recevoir en leur qualité de juges (c'est bien ce qui a été expliqué à la réunion de Belgrade). Si ce n'était pas le cas, le choix pour les membres du HCC serait évidemment restreint.

Pour les membres avocat et professeur, l'activité ne semble pas devoir être exercée à plein temps. Dans cette perspective, la rémunération prévue ne prête a priori pas le flanc à la critique, étant cependant précisé que nous ne connaissons pas le montant que cela représentera concrètement et qu'il faudra veiller à ce que la rémunération soit suffisante pour que des personnes de qualité soient intéressées par le poste.

Discutable est la rémunération du ministre de la justice. Sa participation au HCC résulte de sa fonction et on doit se demander s'il est bien logique qu'il reçoive un salaire s'ajoutant à celui qu'il touche comme membre du gouvernement. Le même raisonnement pourrait valoir pour le président de la Cour suprême de cassation et le président de la commission parlementaire (dans ce dernier cas, pour autant que la fonction de parlementaire soit une fonction à plein temps et rémunérée comme telle, en République de Serbie).

On notera au passage que prévoir que certains membres du HCC consacreront au fond tout leur temps au conseil, alors que d'autres n'auront qu'une activité à temps partiel peut entraîner un certain déséquilibre à l'intérieur de l'institution. L'expérience démontre en effet que les personnes qui travaillent à plein temps dans une institution accumulent plus facilement des connaissances et sont mieux au courant du fonctionnement que celles qui n'y consacrent qu'une partie de leur temps. Mais ce déséquilibre peut difficilement être évité, si l'on veut d'une part que les membres-juges aient suffisamment de disponibilité pour leurs tâches au HCC et d'autre part que des tiers puissent aussi participer au HCC.

Term of Office

Article 11

La limitation à cinq ans du mandat des membres qui ne siègent pas "by virtue of office" est en elle-même une mesure qui ne prête pas le flanc à la critique.

Cependant, l'alinéa 2 pourrait être revu: si un membre quitte ses fonctions en cours de législature, il sera remplacé par un nouveau membre. Si ce nouveau membre entre en fonction un ou deux ans seulement avant la fin de la période de cinq ans, il devrait pouvoir être élu à nouveau, pour une période complète de cinq ans au terme de ce mandat réduit. Cela éviterait de trop nombreux changements au sein du HCC, qui pourraient être préjudiciables à l'établissement d'une pratique constante et prévisible pour les décisions rendues par ce conseil. Dans la même perspective, la loi pourrait en outre prévoir des dispositions évitant qu'après la première période de fonction, tous les membres du HCC doivent être renouvelés en même temps. Une certaine continuité de l'institution constitue en effet un avantage.

Ces problèmes pourraient aussi être réglés d'une autre manière, soit en diminuant à trois ans le mandat des membres élus du HCC, tout en prévoyant que la durée maximale du mandat est de six ans. On éviterait ainsi un renouvellement complet des membres tous les cinq ans. Des dispositions transitoires pourraient prévoir, par exemple, que les premiers membres pourraient exercer leurs fonctions plus longtemps que les suivants, ou que certains des membres ne seraient pas rééligibles après la première période de trois ans.

II. COMPETENCE AND MANNER OF WORK OF THE COUNCIL

Competence

Article 12

Les compétences accordées au HCC correspondent grosso modo à ce qu'on peut trouver dans des législations d'autres Etats sur le même sujet.

Pour l'essentiel, elles comprennent ce qui doit ou devrait, en fonction des textes européens, être dévolu à une telle autorité (étant précisé qu'on ne se prononce pas ici sur les questions relatives à la désignation, respectivement l'élection des juges, dont on imagine qu'elle sera examinée par les experts chargés de commenter le projet de loi sur les juges).

En particulier, il est opportun de placer dans les compétences du HCC les questions disciplinaires, les transferts de juges, la définition des règles de bonne conduite, la surveillance des tribunaux, la formation continue, etc., soit au fond toutes les questions touchant au statut des juges.

L'idée d'associer le HCC aux processus législatifs dans le domaine judiciaire nous paraît excellente. Le HCC pourra ainsi jouer le rôle d'expert pour le parlement dans ces domaines et rendre les députés attentifs, le cas échéant, aux impératifs liés à l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Le HCC doit logiquement répondre de sa gestion envers la "National Assembly". En ce sens, l'obligation d'adresser un rapport annuel à celui-ci est parfaitement justifiée.

L'information du public sur l'activité du HCC participera aussi à la transparence du travail des juges. En particulier, elle permettra au public de constater que les juges qui commettent des fautes disciplinaires sont sanctionnés, que l'institution veille au bon fonctionnement des tribunaux, etc.

Manner of Work

Article 13

L'exigence de transparence ne peut pas aller jusqu'à contraindre le HCC à délibérer en public sur la plupart des objets qui lui sont soumis. Lorsqu'il s'agit, par exemple, de discuter d'un avis à donner sur un projet de loi, il est important que les membres puissent s'exprimer librement, sans avoir à craindre que leurs propos soient largement relayés dans les médias; une délibération publique empêcherait généralement tout compromis (c'est en tout cas l'expérience suisse en la matière: les séances publiques de comités et commissions aboutissent moins souvent à des solutions de compromis si elles sont tenues en public). La discussion du rapport annuel doit aussi pouvoir se faire librement, sans la présence du public. Il en va de même pour la mise au point des règles de conduite applicables aux juges.

Le HCC doit cependant pouvoir, s'il le juge opportun, délibérer en public sur des questions dont il estime qu'elles présentent un intérêt suffisant. Une telle décision ne devrait pouvoir être prise qu'à une majorité qualifiée.

A part cela, il faut aussi tenir compte du droit de chaque juge d'exiger qu'une procédure le concernant directement, par exemple dans le cadre disciplinaire, fasse l'objet d'une audience publique.

Il convient encore de garantir que le HCC se réunira régulièrement.

On pourrait donc envisager grosso modo la rédaction suivante:

As a principle, the Council works in closed session.

The Council may decide to work in public session. The decision to work in public session requires a majority of eight votes.

On issues that relate to status rights and status of judges, the Council works in public session only at the request of the judge whose rights are being deliberated.

Council sessions are convened by the chairman at least once a month and further at the chairman's initiative or at the motion of minimum three Council members.

The Council has quorum if minimum six Council members are present.

Working Bodies

Article 14

Le nombre de groupes de travail à créer semble assez impressionnant. Vu l'ampleur des tâches, on pourrait peut-être autoriser le HCC à inviter des tiers non-membres à participer à certains groupes de travail, de façon permanente ou au cas par cas.

Decision Taking

Article 15

A l'alinéa 2, il faudrait préciser que les décisions sont prises à la majorité des membres présents, et pas de tous les membres (sauf si c'était la seconde solution qui était envisagée).

Une majorité qualifiée – sept voix – pour certaines décisions semble adéquate.

Publication**Article 16**

La publication des "General acts" garantit la transparence de l'activité du HCC et l'information des personnes intéressées.

Legal remedy**Article 17**

Cette disposition garantit que les décisions aussi graves que la révocation d'un juge puissent être soumises à une autorité purement judiciaire et elle doit donc être approuvée.

Rules of Procedure**Article 18**

Pas de remarques.

Publicity of work**Article 19**

Voir les remarques ad art. 12.

III. PROCEDURE FOR ELECTION OF MEMBERS OF THE HIGH JUDICIAL COUNCIL

1. GENERAL REQUIREMENTS

Representation of Courts**Article 19**

Le souci de garantir une représentation des différentes formes de juridictions répond précisément aux exigences formulées par le ch. 1.3 de la Charte européenne sur le statut des juges. La répartition proposée semble judicieuse, même si elle donnera sans doute lieu à des discussions...

Authorised nominators**Article 21**

L'élection des membres du HCC par la "National Assembly" leur donnera certes une légitimité démocratique dont ils pourront profiter dans l'exercice de leurs fonctions, mais on pourrait ou devrait aussi imaginer une autre solution, soit une élection directe au HCC par les juges pour les

postes réservés aux magistrats, une élection directe par les membres du barreau pour le poste réservé aux avocats et une élection directe par les professeurs de droit pour le poste qui leur est attribué. Cette dernière solution serait mieux en accord – pour les postes des juges – avec le ch. 1.3 de la Charte européenne.

Il n'est pas proposé de laisser au parlement un véritable choix et les "authorised nominators" ne devront proposer qu'un seul candidat par poste vacant et pas plusieurs. En ce sens, le parlement disposera donc, au fond, seulement d'un "droit de veto". Cette solution nous semble la seule possible pour éviter que des considérations politiques entrent en jeu dans la désignation des membres du HCC. Et il faudrait aussi qu'un veto opposé par le parlement ne soit possible qu'à une majorité qualifiée, soit au moins une majorité des deux tiers. Cela permettrait au parlement de rejeter une candidature inacceptable, mais la nécessité d'une majorité qualifiée ferait en sorte que le parlement ne pourrait pas abuser de son droit de veto et qu'un tel veto ne soit possible qu'avec un large consensus, dépassent la majorité simple. S'il faut vraiment que le parlement intervienne dans la procédure de désignation, la solution que nous venons de décrire garantirait assez bien l'indépendance du HCC et donc celle du pouvoir judiciaire.

Requirements for Candidacy

Article 22

La nature d'une institution comme le HCC requiert que ses membres disposent de suffisamment d'expérience pratique pour exercer leur fonction en connaissance de cause. Dès lors, l'exigence d'une durée de fonction de sept ans pour les juges n'a rien de disproportionné. Elle est assez longue pour, précisément, garantir une certaine expérience. Mais elle est aussi suffisamment courte pour éviter que seuls des juges en fin de carrière puissent accéder à ce genre de poste. Une exception pourrait être faite pour les juges de première instance, s'il apparaît en fonction de la situation locale que les juges de première instance disposant de sept ans d'expérience sont en fait peu nombreux.

La nécessité pour un candidat d'obtenir le soutien préalable de dix de ses collègues ou d'une juridiction particulière peut être discutée. C'est dans les urnes, à l'issue du vote prévu aux art. 32 ss, qu'on pourra mesurer la popularité des candidats et le soutien dont ils disposeront. A notre avis, cette exigence est inutile et le faible nombre de signatures à recueillir ne découragera de toute manière pas les candidatures fantaisistes ou sans espoir.

L'interdiction faite aux présidents des tribunaux d'être candidats au HCC obéit sans doute à des impératifs pratiques, dans la mesure où les membres du conseil sont dispensés de travailler dans leur juridiction. Il n'y a là rien d'insolite.

Electoral right of judges (Article 22) & Standing Electoral Directory of Judges (Article 23)

Nous doutons de la nécessité d'établir un registre électoral des juges disposant du droit de vote pour les élections au HCC. En effet, nous ne voyons pas très bien comment il serait possible à un président de juridiction d'ignorer un collègue de son tribunal au moment de distribuer les bulletins de vote, ou comment il serait possible qu'une personne n'ayant pas la qualité de juge obtienne un bulletin de vote. Mais cela tient peut-être à des particularités locales que nous ignorons.

Pas d'autres remarques au sujet de ces deux articles.

Electoral Commission (Articles 25 & 26) & Election activities (Article 27)

Pas de remarques.

2. PROCEDURE (Articles 28 – 40)

Le groupe de travail a choisi l'option de régler dans la loi, et très en détail, la procédure de candidature et d'élection. C'est une possibilité. On aurait aussi pu imaginer que la loi se contente de fixer les principes (notamment: délais pour l'enregistrement des candidatures, listes de candidats, décompte des voix) et laisse le soin au HCC de régler les détails, dans un texte soumis à publication. On gagnerait ainsi en simplicité et éviterait que le parlement doive se pencher sur des détails sans grande portée (par exemple le fait que les électeurs doivent recevoir les bulletins et une enveloppe auto-adhésive, art. 36). La procédure de nomination pour le poste réservé à un avocat est d'ailleurs laissée à la discrétion du Barreau lui-même (art. 44).

Quoi qu'il en soit, on n'est pas surpris de cette densité normative, qui d'une part correspond à une certaine tradition juridique en Europe centrale et orientale d'une part et qui, d'autre part, permet de garantir que les élections se déroulent d'une manière conforme aux principes démocratiques, soit sans fraudes. D'après les informations dont nous disposons, le pouvoir judiciaire en République de Serbie souffre d'un certain nombre de maux. Il est donc peut-être nécessaire que les processus soient réglés de façon détaillée, afin d'éviter des litiges portant sur des questions formelles et des fraudes au moment des votes.

Le choix a été fait d'une élection directe. Certains craignent que cette solution conduise à l'élection de juges provenant tous de la région de Belgrade, vu la densité de juges dans cette région et le fait que les juges venant d'autres régions seraient sans doute moins connus et donc moins susceptibles d'être élus. Nous ne partageons pas forcément ces craintes. Poser comme une vérité intangible que les juges de Belgrade ne voteraient que pour d'autres juges de Belgrade me semble un peu réducteur, car les juges se connaissent tout de même, par leurs contacts au sein de leur organisation professionnelle, par le fait qu'ils ont travaillé ensemble par le passé dans une même juridiction, etc. Et ne dit-on pas : « protégez moi de mes amis, mes ennemis, je m'en charge »... Ce qui signifie que les juges les plus proches entre eux ne voteront pas forcément les uns pour les autres.

3. DECISION ON NOMINATION OF CANDIDATES FOR ELECTED MEMBERS (Articles 41 – 45)

Si nous avons bien compris, les autorités autorisées (HCC, Barreau, professeurs de droit) ne présentent au parlement qu'un nombre de candidats égal à celui des sièges à pourvoir (art. 43). Il serait utile que la loi le dise plus clairement, à un endroit ou à un autre.

4. ELECTION AND TAKING OF OFFICE (Art. 46 – 52)

Voir les remarques au sujet des art. 21 & 41-45.

Le "droit de veto" du parlement ne doit pas avoir pour conséquence que des sièges resteraient inoccupés au HCC. Il est donc logique de prévoir une procédure subsidiaire pour le cas où le parlement refuse d'élire un candidat qui lui est présenté (art. 47). Cette procédure est relativement lourde, puisqu'il faudra recommencer le processus de désignation dans l'entité qui avait présenté le candidat. Une telle conséquence ne peut pas être évitée, dans le système choisi. Mais on pourrait imaginer aussi qu'en cas de veto du parlement contre un candidat, le HCC propose immédiatement le juge qui a réalisé le deuxième score aux élections, dans la catégorie concertiste, mais cela entraînerait le risque d'une tentation pour le parlement, soit celle d'opposer son veto à plusieurs candidatures successives, pour arriver au juge de sa préférence, ceci sans que cela entraîne une paralysie du système. Pour décourager ces calculs, on peut donc prévoir qu'il y aura une nouvelle élection en cas de veto parlementaire. Le choix entre une solution « lourde », mais limitant les risques de manipulation, et une solution « légère », laissant la porte ouverte à certains abus, doit dépendre aussi des conditions locales actuelles. Une autre possibilité serait encore de

prévoir que si le parlement exerce son droit de veto contre le candidat nommé, celui qui est arrivé deuxième à l'élection est automatiquement élu, sans nouveau vote du parlement. Ce serait un moyen terme, qui a priori ménagerait les intérêts en présence.

Formulons encore l'espoir que le parlement aura la sagesse de ne pas opposer son veto aux candidatures qui lui seront présentées, candidatures revêtues d'une grande légitimité démocratique puisqu'elles résulteront d'élections libres et ouvertes conduites dans les entités concernées. Si le parlement devait suivre une autre voie et prendre l'habitude de ne pas se satisfaire des nominations, le système serait rapidement paralysé et le HCC ne pourrait pas fonctionner normalement.

IV. PROCEDURE FOR TERMINATION OF OFFICE OF THE MEMBERS OF THE HIGH JUDICIAL COUNCIL

Grounds and Time of Termination

Article 53

Il est normal que les fonctions au sein du HCC cessent quand leur titulaire n'appartient plus au corps qu'il représente, comme il est normal que la retraite, la perte de la capacité de travail, la démission, la révocation ("dismissal") et le décès entraînent la fin des fonctions.

Les cas de cessation des fonctions principales, de retraite, de démission et de décès ne posent pas de problèmes de procédure.

Les cas de révocation et la procédure y relative sont réglés par les art. 55-60. On y reviendra donc plus loin.

Par contre, le projet ne dit rien de la procédure à suivre pour constater la perte de la capacité de travail d'un membre du HCC. Cela pourrait entraîner des litiges difficiles à régler. Quand les facultés physiques et/ou psychiques d'une personne sont réduites par suite de maladie ou d'un accident, il peut arriver que cette personne estime être en état de poursuivre ses activités comme membre du HCC, alors que les autres membres pensent que ce n'est plus possible. La définition de l'incapacité relève de la science médicale et constitue une notion assez relative. Dès lors, une procédure devrait être prévue pour le constat de l'incapacité et la cessation des fonctions de la personne concernée. Chaque membre du HCC devrait pouvoir saisir le conseil d'une demande d'ouverture d'une telle procédure contre un autre membre. Le HCC devrait ensuite demander à la personne visée si elle entend rester en fonction. Dans la négative, la personne présenterait sa démission. Dans l'autre hypothèse, le HCC devrait désigner un (des) expert(s) médical pour examiner la personne concernée, puis statuer sur la base du rapport. Les règles sur la révocation pourraient s'appliquer par analogie.

Early Termination of the Term of Office

Article 54

L'alinéa 3, qui fixe la durée des fonctions d'un nouveau membre à cinq ans, semble contredire l'art. 11 al. 2, qui prévoit qu'un membre ne peut pas être à nouveau élu pour une nouvelle période. Cette question devrait être revue.

V. PROCEDURE FOR DISMISSAL

Reasons

Article 55

Nous comprenons bien qu'un membre du HCC doit pouvoir être révoqué s'il manque à ses devoirs ou s'il est condamné pour une infraction d'une certaine gravité. La difficulté vient de la définition que l'on peut ou doit donner de ces deux notions.

La notion de "fail to perform the duty" n'est pas précise. Elle peut recouvrir beaucoup de situations et pourrait, selon le texte du projet, s'appliquer aussi à une personne qui a commis une erreur dans la rédaction d'une décision, qui a été malade pendant deux ou trois mois, qui a manqué une séance, etc. Nous proposons donc que le projet soit complété et précisé. Par exemple, on pourrait retenir la notion de manquements graves aux devoirs de la charge, de nature à rompre le lien de confiance qui doit exister entre les membres du HCC.

En ce qui concerne le cas de "criminal offence", nous ne connaissons pas le système pénal serbe et la classification des infractions en droit national. Si le droit serbe réserve la qualification de "criminal offence" à des infractions d'une certaine gravité, le projet peut être adopté tel quel. Si, par contre, cette notion ne résulte pas clairement de la législation, une précision serait nécessaire. En effet, n'importe quelle condamnation pénale pour n'importe quelle infraction ne justifie pas forcément la révocation d'un membre du HCC. Par exemple, il peut arriver à chacun, un soir de grande fatigue, de provoquer un accident de la circulation, sans pour autant que le responsable devienne forcément indigne de siéger au HCC.

En plus des cas mentionnés à l'art. 55, on pourrait aussi envisager que la révocation puisse intervenir quand un membre-juge ou avocat du HCC est lui-même sanctionné disciplinairement. Par exemple, le juge qui serait suspendu pour trois mois parce qu'il s'est mal conduit dans une procédure nous semble perdre la légitimité nécessaire pour siéger au HCC; il en va de même pour l'avocat suspendu de son barreau parce qu'il a insulté un juge lors d'une audience.

Initiative for Dismissal (Article 56) & Assessment of the Initiative for Dismissal (Article 57)

Pas de remarques.

Statement**Article 58**

Il est évidemment essentiel que le membre du HCC visé par une dénonciation puisse se déterminer sur les allégations faites à son sujet.

Instituting the Proceedings (Article 59) & Dismissal (Art. 60)

Nous avons été surpris par la procédure prévue.

Rien n'est prévu pour la vérification des allégués contenus dans la dénonciation. Il peut cependant arriver que les faits ne soient pas clairs d'emblée et que des actes d'instruction soient nécessaires.

D'après les délais fixés, et en particulier le délai de 30 jours fixé au HCC pour statuer sur la révocation depuis le moment où la décision d'ouvrir une procédure a été prise, nous croyons comprendre que le HCC devrait effectivement statuer quasi immédiatement, sur la base des pièces à disposition et sans pouvoir entreprendre une véritable enquête destinée à vérifier les faits (cf. ci-dessus). Le résultat pourrait être que pour des motifs de temps uniquement, on renoncerait à révoquer un membre qui aurait manqué gravement à ses devoirs de fonction. Cela ne nous semble pas adéquat.

Ce chapitre devrait donc être repris.

VI. COURT BUDGET (Art. 61 & 62)

Pas de remarques.

VII. ADMINISTRATION OFFICE

Tasks and Organisation of Work (art. 63)

Pas de remarques.

Director and Staff

Article 64

Les membres du HCC ne peuvent pas se charger eux-mêmes de l'administration du conseil et la solution de désigner un directeur est donc parfaitement opportune. Les exigences formulées pour la personne de ce directeur ne posent pas de problème particulier, encore qu'on puisse se demander s'il est vraiment nécessaire que l'intéressé dispose de dix ans d'expérience professionnelle (un brillant jeune juriste peut sans doute aussi faire l'affaire).

A notre avis, il conviendrait de ne pas désigner le directeur avec un mandat de cinq ans. Ce directeur n'est pas un magistrat, mais un employé du HCC. Ce dernier doit pouvoir se séparer de lui s'il n'est pas satisfait de ses services et même pour ce qu'on appellerait en droit matrimonial une "incompatibilité d'humeur". Le directeur sera très proche des membres du HCC et tout particulièrement de son président. Une confiance totale est indispensable. Nous proposons donc de renoncer à fixer une durée pour la période de fonction et de soumettre le directeur au même statut que celui des très proches collaborateurs des ministres, par exemple.

VIII. TRANSITIONAL AND FINAL PROVISIONS (Articles 65 – 76)

Pas de remarques.

3.2. LAW ON ORGANISATION OF COURTS

Ce projet n'appelle que très peu de commentaires. En effet, il a été soigneusement rédigé, règle en principe ce qui doit l'être dans une législation de ce genre et ne contient pas de dispositions manifestement contraires au droit et aux standards européens.

L'indépendance des tribunaux en général et envers l'exécutif et le législatif est clairement affirmée (art. 1^{er} et 3). La légalité de l'organisation judiciaire et l'interdiction des tribunaux d'exception résulte du texte (art. 2), comme l'application du principe de la légalité à l'activité des tribunaux (art. 4).

L'art. 5 prévoit des garanties utiles quant à l'attribution des affaires aux différents juges d'une même juridiction. Depuis de nombreuses années, des efforts sont faits sur le plan européen pour l'application de systèmes d'attribution des affaires qui préservent les parties de l'arbitraire et garantissent que des règles prédéterminées soient appliquées dans ce domaine. L'art. 5 s'inscrit dans la droite ligne de ces efforts.

Les tribunaux doivent être préservés de toute influence extérieure indue. L'art. 6 du projet va dans ce sens. Deux questions restent cependant ouvertes à ce sujet. Premièrement, cette

disposition prohibe l'utilisation des médias pour influencer le sort d'une procédure, mais cela se heurte apparemment – au moins en partie – à la liberté de la presse garantie par la CEDH; on pourrait revoir la formulation pour qu'elle n'entre pas en contradiction avec les règles européennes. Deuxièmement, l'art. 6 ne dit pas si des sanctions sont possibles contre les personnes qui tentent d'exercer une influence inadmissible; peut-être le code pénal contient-il quelque disposition à cet égard mais si ce n'était pas le cas, cela constituerait une lacune qu'il s'agirait de combler.

L'institution des "Court Days", prévue à l'art. 18, nous laisse un peu sceptique. Nous sommes bien conscient que les conseils juridiques donnés par les juges aux citoyens qui le souhaitent constituent une ancienne tradition en Europe centrale et orientale, mais on peut se demander s'il est bien raisonnable de la maintenir. En effet, il peut arriver qu'un citoyen demande ainsi conseil à un juge sur une affaire qu'il soumettra ensuite à un tribunal; si ce tribunal statue alors dans un autre sens que celui que le juge-consultant avait en vue, parce que ce tribunal a un autre avis sur une question juridique, que va penser le plaideur ? En outre, nous pouvons imaginer que les tribunaux serbes sont – comme partout ou presque – surchargés et manquent de moyens; faut-il vraiment que les juges doivent assumer régulièrement une activité qui n'entre pas dans le cadre de la fonction judiciaire stricto sensu ? Cette question pourrait donc faire l'objet d'une nouvelle réflexion.

Apparemment, les juges serbes sont soumis à un horaire de travail plus ou moins fixe (art. 21). C'est une solution qui est aussi retenue ailleurs, notamment dans certains cantons suisses, mais nous devons nous demander si l'exercice de l'activité judiciaire peut toujours s'inscrire dans un horaire précis. Bien sûr, l'instauration d'un horaire de travail évite que des juges paresseux fréquentent le tribunal quand bon leur semble. Cependant, on pourrait aussi considérer que les juges exercent au fond une profession libérale et qu'ils sont libres de s'organiser comme cela leur convient, moyennant évidemment qu'ils traitent leurs dossiers avec toute la diligence nécessaire. Au fond, il s'agit de choisir entre le contrôle des horaires et le contrôle de l'avancement des dossiers. On peut aussi faire les deux.

L'art. 33 prévoit que les décisions intéressantes doivent être publiées "in a special collection". D'autres précisions ne sont pas forcément nécessaires dans la loi, mais nous pourrions suggérer que des efforts soient faits en République de Serbie – s'ils ne l'ont pas déjà été – pour permettre la consultation des jugements par voie électronique, soit sur Internet.

Un président de cour peut, apparemment à sa discrétion, contrôler l'activité d'une cour inférieure (art. 55). Ce mode de surveillance peut être assez adéquat, dans la mesure où le président d'un tribunal supérieur est généralement assez bien renseigné, par les dossiers que son tribunal traite, sur les problèmes que peuvent connaître les juridictions inférieures (retards dans le traitement des dossiers, qualité insuffisante des décisions rendues, erreurs répétitives, etc.). La seule question qui se pose est celle de savoir s'il ne faudrait pas fixer un cadre plus précis à ce genre d'inspection. Ne serait-il pas opportun d'institutionnaliser ces contrôles et de prévoir, par exemple, qu'ils s'exercent d'office une fois par an ? Ne devrait-on pas éviter qu'un président qui ne s'entend pas avec celui d'une cour inférieure harcèle ce dernier par des contrôles incessants et vexatoires ? Nous suggérons donc que cette question soit revue et qu'un cadre plus précis soit fixé à ces contrôles.

L'art. 72 traite de la question délicate des compétences respectives du HCC et du ministère de la justice dans la gestion administrative des tribunaux. Dans beaucoup de pays, cette question a été à l'origine de débats nourris. D'un côté, on veut éviter que les juges doivent consacrer trop de temps à l'administration, au détriment de leurs tâches juridictionnelles. D'un autre côté, il faut éviter que le fonctionnement de la justice soit conditionné par des mesures prises par l'exécutif. Trouver un juste milieu n'est pas facile. L'art. 72 tente de séparer les compétences de manière nuancée. Cependant, nous avons l'impression que le ministère de la justice se voit attribuer des compétences qui ne devraient pas être les siennes, comme par exemple celle de

"monitor the work of courts" (les termes sont trop généraux pour exclure que le ministère se mêle de choses qui ne le regardent pas), de "oversee the action in cases within statutory timeframes" (ce qui relève typiquement d'un contrôle judiciaire et pas gouvernemental), etc. Là aussi, la disposition devrait être revue et les catalogues rédigés à nouveau.

Chaque juge a un dossier personnel, qui comprend de nombreux renseignements sur sa personne, son travail, les biens dont il est propriétaire, etc. (art. 76). L'obtention de renseignements sur la situation privée et financière est indispensable pour prévenir la corruption. Si le juge déclare effectivement tout ce qu'il possède, le HCC vérifiera facilement s'il s'est enrichi d'une manière que ses revenus connus ne permettraient pas. Si le juge ne fournit qu'un relevé incomplet et que cela peut être établi, il en résultera une procédure disciplinaire au cours de laquelle il suffira d'établir que la déclaration était incomplète.

Pour le surplus, les solutions proposées ne nous semblent pas poser de problèmes majeurs.

Neuchâtel et Belgrade, février 2008