

AHJUCAF



L'indépendance de la justice

Actes du deuxième congrès de l'Association
des Hautes juridictions de cassation
des pays ayant en partage l'usage du français
(AHJUCAF)

Dakar – 7 et 8 novembre 2007



Cour de cassation
du Sénégal



Délégation à la paix, à la démocratie
et aux droits de l'Homme

L'indépendance de la justice

Actes du deuxième congrès
de l'Association
des Hautes juridictions de cassation
des pays ayant en partage
l'usage du français (AHJUCAF)

Dakar – 7 et 8 novembre 2007

Manifestation placée
sous le haut patronage de
son excellence Maître Abdoulaye WADE,
président de la République du Sénégal

L'indépendance de la justice

Manifestation placée
sous le haut patronage de
son excellence Maître Abdoulaye WADE,
président de la République du Sénégal

Séance d'ouverture 11

<i>Monsieur Papa Oumar SAKHO, Premier président de la Cour de cassation du Sénégal, Président de l'AHJUCAF</i>	13
<i>Message du Représentant de l'Organisation internationale de la Francophonie, Madame Patricia HERDT, chargée de mission</i>	19
<i>Monsieur Cheikh Hadjibou SOUMARE, Premier ministre de la République du Sénégal.....</i>	25

Rapport introductif 30

<i>Monsieur Guy Carcassonne, Professeur de droit public, Université de Paris X – Nanterre (France).....</i>	31
I – L'indépendance de la justice est un droit.....	34
II – L'indépendance de la justice est un devoir	38

Les menaces de l'indépendance

Président de séance,
Monsieur Papa Oumar SAKHO,
Premier président de la Cour de cassation du Sénégal,
Président de l'AHJUCAF

Sous-thème 1 :

Les menaces internes

43

Monsieur Alioune Badara FALL, Professeur de droit public à l'université Montesquieu Bordeaux IV (France).....47

- I - Les menaces internes portées à l'indépendance du juge dans l'organisation de la justice56
- II - Les atteintes internes portées à l'indépendance du juge dans le fonctionnement de l'appareil judiciaire65
- Conclusion70

Débats

77

Modérateur : Monsieur Saliou ABOUDOU, premier président de la Cour suprême du Bénin, Président de l'Association africaine des hautes juridictions francophones (AAHJF).....79

Sous-thème 2 :

Les menaces externes

83

Madame Nicole DUPLE, Professeure titulaire à la faculté de droit de l'université de Laval (Canada).....85

- 1 - L'indépendance de la justice est-elle assurée ?87
- 2 - L'impartialité de la justice est-elle menacée ?93

Débats

107

Modérateur : l'Honorable Louis LEBEL, juge à la Cour suprême du Canada, trésorier de l'AHJUCAF109

Les protections de l'indépendance

Président de séance
Monsieur Driss DAHAK,
*Premier président de la Cour suprême du Maroc,
Président honoraire fondateur de l'AHJUCAF*

Sous-thème 1 :

Les protections statutaires et matérielles 111

Monsieur Gábor SZEPLAKI-NAGY, Conseiller référendaire à la Cour suprême de Hongrie, directeur de cabinet de la présidence115

- 1) La définition de l'indépendance de la justice (question 5)117
- 2) Les textes qui fondent l'indépendance de la justice et quelle est leur valeur (question 6)118
- 3) La sélection des juges (question 8)119
- 4) La formation (question 9)120
- 5) La rémunération (question 10)121
- 6) Le budget de la justice (question 11)122
- 7) La nomination du juge (question 20)122
- 8) La carrière du juge (question 21)123

Sous-thème 2 :

Les protections personnelles du juge 127

Monsieur Saâd MOUMMI, Président de chambre à la Cour suprême du Maroc, membre du cabinet du Premier président129

- I. Les garanties personnelles d'un bon déroulement de la carrière du juge.....130
- II-Garantir l'indépendance personnelle du juge à l'occasion des accidents dans la carrière.....134

Débats 137

Modérateurs : Monsieur Sergio ESONO ABESO TOMO, président de la Cour suprême de justice de Guinée équatoriale et Madame Maria do Ceu SILVA MONTEIRO, président de la Cour suprême de Guinée-Bissau.139

L'expérience internationale de la Cour commune et de justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires 143

Monsieur Gaston KENFACK-DOUJANI, Magistrat, Sous-directeur de la législation civile, commerciale, sociale et traditionnelle au Ministère de la Justice du Cameroun.....145

- I – Bilan des activités de la CCJA145
- II – Actions susceptibles de renforcer l'efficacité de la CCJA150

Rapport de synthèse 157

Monsieur Ivan Verougstraete, Président de la Cour de cassation de Belgique, Premier vice-président de la Cour de Justice Benelux.....159

Introduction	159
A. Eléments structurels	162
B. La personnalité du juge: son recrutement, sa carrière, son statut ...	168
C. Le magistrat dans la vie quotidienne	178
D. L'indépendance du magistrat dans la procédure.....	182
E. Le magistrat, acteur sous surveillance	186
Conclusion	194

Motion finale 197

Allocutions de clôture 201

Monsieur Hugo SADA, Délégué à la paix, à la démocratie et aux droits de l'Homme à l'Organisation Internationale de la Francophonie203

Monsieur Papa Oumar SAKHO, Premier président de la Cour de cassation du Sénégal, Président de l'AHJUCAF207

Annexes 211

Annexe 1 : Liste des participants.....	213
Annexe 2 : Questionnaires sur l'indépendance de la justice	219
Annexe 3 : Eléments de bibliographie.....	225

Séance d'ouverture



Monsieur Papa Oumar SAKHO

Premier président de la Cour de cassation du Sénégal, Président de l'AHJUCAF

Monsieur le Premier Ministre, Représentant Monsieur le Président de la République,
Madame le Président du Conseil constitutionnel,
Monsieur le Ministre de la Justice du Royaume d'Arabie saoudite,
Monsieur le Ministre d'Etat, Ministre de la Justice, Garde des Sceaux,
Mesdames et Messieurs les membres du Gouvernement,
Monsieur le Président du Conseil d'Etat,
Monsieur le Médiateur de la République,
Honorables sénateurs, députés et conseillers de la République
Mesdames et Messieurs les Premiers Présidents et Présidents des Hautes Juridictions
membres de l'AHJUCAF,
Monsieur le Président de la Cour commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA,
Monsieur le Délégué à la paix, à la démocratie et aux droits de l'Homme représentant
du Secrétaire général de l'Organisation internationale de la Francophonie (O.I.F.),
Excellences Mesdames et Messieurs les Représentants du corps diplomatique et les or-
ganisations internationales et régionales,
Distingués membres de la famille judiciaire,
Honorables invités,
Mesdames et Messieurs.

Mon premier mot est pour vous souhaiter la bienvenue, Monsieur le Premier Mi-
nistre, et vous remercier d'avoir accepté d'être parmi nous, pour représenter Monsieur
le Président de la République, empêché.

Monsieur le Premier Ministre, la rencontre d'aujourd'hui nous offre l'agréable oc-
casion de vous féliciter, de vive voix, d'avoir été appelé, pour vos exceptionnelles qua-
lités professionnelles et humaines et pour la confiance que le Chef de l'Etat place en
vous, à diriger le gouvernement de la République du Sénégal. Nos vœux les plus cha-
leureux vous accompagnent.

Si le Président de la République a voulu que ce soit vous-même qui veniez, à sa
place, présider la cérémonie d'ouverture du deuxième congrès de l'association des hautes
juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), c'est
à la fois pour montrer, une fois de plus, tout le respect qu'il voue à la justice et pour faire
honneur à notre Association.

Je voudrais donc exprimer la profonde gratitude de l'AHJUCAF à Monsieur le Président de la République, Son Excellence Maître Abdoulaye WADE, lui-même, éminent spécialiste du droit, attentif, sans nul doute, aux thèmes de notre rencontre.

Monsieur le Premier Ministre, Mesdames, Messieurs,

Permettez-moi de saluer la présence à cette séance, d'un illustre hôte, Docteur Abdallah Bin Mohamed Bin Ibrahim AL al-CHEIKH, Ministre de la Justice du Royaume d'Arabie saoudite.

Excellence, votre présence à nos côtés aujourd'hui, après votre brillante participation au congrès de Marrakech, est le témoignage éloquent de l'intérêt tout particulier que vous portez à l'AHJUCAF. Au nom de mes collègues et à mon nom propre, je voudrais vous exprimer nos sentiments de profonde reconnaissance.

J'adresse également ces mots de remerciements à tous les invités qui ont bien voulu honorer de leur présence la cérémonie de ce matin. Soyez tous assurés que mes collègues et moi-même sommes extrêmement sensibles à cette manifestation d'intérêt.

Chers congressistes, j'ai aujourd'hui l'agréable tâche de vous souhaiter une très cordiale bienvenue. Disant ces mots, je ne veux pas seulement sacrifier à ce qu'impose le rituel des séances inaugurales de symposium, ni donner un indice de l'inépuisable hospitalité sénégalaise. Ils expriment toute ma joie de nous voir réunis, dans l'amitié et l'estime réciproques, pour débattre et échanger nos expériences.

Monsieur le Premier Ministre, Excellences, Mesdames et Messieurs, le Sénégal est particulièrement sensible au choix fait par l'AHJUCAF de tenir à Dakar son second congrès qui se propose, entre autres préoccupations, de réfléchir sur le thème fondamental de l'indépendance de la justice. L'actualité de ce sujet en fait un indicateur synthétique. En effet, quoi de plus normal, en ce moment, où la qualité de la justice envahit les débats, de s'interroger sur la fonction que remplit l'indépendance de la justice, au profit de l'accomplissement de celle de juger, au bénéfice de l'intérêt général.

Notre pays ne peut donc qu'être fier d'avoir été choisi comme lieu de ces échanges, notamment si l'on prend en compte la qualité de ceux qui sont aujourd'hui réunis pour en être les protagonistes : des magistrats de hautes juridictions de cassation, des maîtres de l'université, des ténors du barreau. La présence massive d'experts aussi distingués offre une garantie à tous ceux qui attendent de nos discussions des perspectives opérationnelles.

Instituée pour assurer l'autonomie du pouvoir judiciaire par rapport à tout autre pouvoir, les pouvoirs politiques (l'exécutif et le législatif) comme les pouvoirs de fait (les médias, les parties au procès et leurs arsenaux de moyens de pression), l'indépendance de la justice est à la fois la condition nécessaire de la promotion de l'Etat de Droit et le moyen de sa sauvegarde. A elle seule, cependant, cette approche n'est pas suffisante pour expliquer la récente évolution constatée dans la légitimation de la valeur de justice toujours perçue comme une valeur sociale mais aussi, ce qui est nouveau, comme un savoir à travers la jurisprudence créatrice de droit.

Dans cette vision, l'indépendance de la justice remplit une fonction sociale duale. D'un côté, le public mesure à son aune le degré de professionnalisme et d'efficacité de ceux qui exercent le pouvoir judiciaire. D'un autre côté, l'indépendance de la justice est un principe régulateur de l'ordre social librement consenti par les citoyens. En ce sens, elle est réductible à leur confiance dans la justice, en tant que fondement de l'autorité des décisions de celle-ci. La présence du légitime dans le légal est ce qui empêche les citoyens de recourir à la position de Pascal selon laquelle « la vraie justice se moque de la justice », en leur désignant le lieu où nous tentons de rendre cette vraie justice.

L'entrecroisement des regards montre que la dignité du magistrat se lit notamment dans la reconnaissance sociale de son aptitude à satisfaire les exigences de sa fonction.

L'indépendance de la justice, sous les rapports institutionnel et culturel, structure dans la cité l'ordre légitime au moyen d'une régulation réciproque : l'indépendance institutionnelle présuppose le fonctionnement de la société politique sur le modèle de la justice, fonctionnement que traduit, dans les faits, le triomphe de l'Etat de droit sur l'Etat de police ou l'Etat administratif. C'est l'enjeu décisif de l'articulation des phénomènes institutionnel et culturel qui a amené Monsieur Pierre Arpaillage, alors Procureur Général près la Cour de cassation française, à la conviction que : « la justice ne règne pas seulement par ses décisions ; elle domine surtout par la confiance qu'elle inspire » .

Fort des principes que voilà, personne ne conteste aujourd'hui l'existence d'une situation de crise psychosociologique et morale, illustrée par la multiplication des critiques adressées à toutes nos juridictions et qui n'épargnent même pas celles dont les fonctions s'inscrivent, au niveau le plus élevé, dans des missions de régulation et de pacification sociales

Ce qui est surtout frappant, c'est que, dans l'évolution actuelle du rapport des citoyens à la justice, se profile insidieusement la déstructuration de l'ordre social. Elle est portée par la dynamique de changement, la mutation accélérée des repères culturels, les échanges multidimensionnels des groupes d'appartenance et ce que Régis Debray appelle

la médiocratie (quand il dit que « ce n'est plus l'Etat qui fait la télévision mais la télévision qui fait l'Etat »), toutes choses issues de la mondialisation. Ces phénomènes globaux, se conjuguant à l'intérieur de chaque Etat avec le délitement progressif et spectaculaire de la confiance des citoyens dans la justice, opèrent sous l'effet de la cristallisation d'une opinion négative du public, levain d'une mauvaise image du pouvoir judiciaire.

A l'évidence, voilà des questions cruciales, qui obligent à une adaptation incessante et une prise en compte des plus urgentes, dans les démarches qualifiées à entreprendre selon l'axe répondant à la qualité institutionnelle de la justice. Car, face à ces réalités, vécues comme insupportables, il convient de réagir.

Ce n'est pas, à notre avis, fixer une ambition trop élevée à l'AHJUCAF que de vouloir en faire l'instrument de cette réaction. Et, vous aurez certainement relevé, chers invités, que le thème retenu, à titre principal, pour être débattu lors du congrès, fait bien référence aux préoccupations réelles de l'ensemble des membres de notre association.

L'idée fondamentale autour de laquelle s'organise la réflexion est qu'une coopération harmonieuse doit être pensée sur la base de la juste répartition du pouvoir « politique » entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire comme un principe fonctionnel d'organisation de la société, une règle de gouvernement posée pour leur permettre, chacun en ce qui le concerne dans son domaine réservé exclusif d'autres autorités, d'exprimer la souveraineté nationale. En ce sens, la mise en œuvre du principe de la séparation des pouvoirs implique la fonction constitutionnelle de la justice qui est au principe même du pouvoir souverain du juge et se traduit par la liberté d'interpréter le droit, pour le peuple et au nom du peuple.

Constitutionnellement protégée, cette fonction est le moyen d'action des juridictions supérieures, dont la mission est de dire le droit au nom du peuple et, par suite, faire en sorte que « le pouvoir arrête le pouvoir », pour le bien de tous.

Mais à travers l'approche réaliste de la relation des pouvoirs, l'on s'aperçoit que l'exécutif n'y répond, parfois, que confusément. Cela ne veut pas dire que le juge n'est pas indépendant. Il se trouve simplement que le renforcement de ces garanties institutionnelles est indispensable ; car, dès lors que le juge est un décideur, il doit avoir la capacité réelle de donner un contenu concret à la sécurité des citoyens, ainsi que le rappellent les interpellations des associations des droits de l'homme notamment.

Inversement, la circonstance de la relation des pouvoirs constitutionnels détermine le degré d'autonomie du pouvoir judiciaire et, en conséquence, la portée réelle de

l'indépendance proclamée. Garantir par l'Etat de droit, c'est assurer que, face aux droits et libertés des citoyens dont il est le protecteur naturel, le juge pourra prendre librement ses décisions, y compris contre l'Etat et les pressions d'où qu'elles viennent.

L'indépendance est également un thème propre à susciter une réflexion profonde et enrichissante autour de la lancinante question des exigences ou attentes légitimes des professionnels du droit, des justiciables, des citoyens et des usagers de la justice.

Mesdames et Messieurs, vous comprendrez que je veuille en rester là pour l'instant, ne voulant pas anticiper sur des échanges dont on peut présager de la richesse au vu de la belle moisson des documents qui nous sont déjà parvenus, et de l'ambiance de fraternelle sympathie qui va présider à leur déroulement.

Mais je voudrais vous faire partager d'ores et déjà la conviction que notre congrès comporte, quant au fond, une charge symbolique importante dans la dynamique des échanges d'idées et d'expériences profitables entre nos diverses institutions. Il est, pour les membres de l'AHJUCAF, l'occasion de se pencher sur des objectifs partagés. C'est en cela que ce congrès peut faire date. La portée de l'événement est déterminée, en prémisses, par la masse incommensurable d'efforts consentis par les personnes – ressources, que je remercie encore vivement d'avoir livré à temps leurs contributions.

C'est dans ce contexte de convivialité que s'inscrit le dessein de notre jeune association, tendu explicitement vers la mise en œuvre des valeurs qui assurent la promotion des possibilités de coopération dans les rapports de nos institutions assujetties à l'Etat de droit, et ayant pour finalité de veiller en permanence à sa consolidation.

Avant de clore mon propos, je tiens à dire les remerciements de l'AHJUCAF aux Ministres d'Etat, le Ministre de la Justice, Garde des Sceaux, le Ministre des Affaires Etrangères, le Ministre de l'Economie et des Finances et, aussi, à tous ceux, y compris les Institutions, dont le concours multiforme a aidé à l'organisation de notre congrès, avec une mention particulière pour l'Organisation internationale de la Francophonie qui nous a apporté son appui de manière remarquable.

Il ne me reste plus qu'à vous souhaiter, honorables délégués et distingués invités, un congrès réussi et fructueux en vous demandant de vous associer à moi, à l'orée de nos travaux, pour dire la reconnaissance publique de notre association à Monsieur Guy Canivet, notre secrétaire général. Le dévouement de notre distingué collègue se mesure à l'affirmation d'un membre de l'OIF selon laquelle sans Canivet, il n'y aurait pas eu d'AHJUCAF. Nous serions attristés par son départ si, entretemps, il n'avait été appelé aux hautes et prestigieuses fonctions de membre du Conseil constitutionnel français. Au nom de l'AHJUCAF, je lui dis nos vœux fervents de succès et de réussite dans cette nou-

velle et noble mission. J'associe, dans le même hommage Monsieur Driss Dahak, Premier Président de la Cour suprême du Royaume du Maroc, Premier Président honoraire de l'AHJUCAF. Parce que c'est à de tels hommes que notre association doit d'être devenue ce qu'elle est aujourd'hui, ils méritent que nous les prenions comme des exemples et des sources d'inspiration.

A vous tous ici présents, je veux donner l'assurance que durant votre séjour en terre sénégalaise, vous pouvez vous considérer comme chez vous, communiant avec un peuple si prompt à offrir à l'hôte sa traditionnelle TERANGA.

Je vous remercie de votre aimable écoute.

*Message du Représentant de l'Organisation internationale de la Francophonie
Madame Patricia HERDT, chargée de mission*

Excellence, Monsieur le Premier Ministre,
Excellence, Monsieur le Ministre d'Etat, Ministre de la Justice, Garde des Sceaux,
Excellence, Monsieur le Ministre de la Justice du Royaume d'Arabie Saoudite,
Mesdames et Messieurs les Chefs et Représentants des Corps constitués,
Monsieur le Président de l'Association des Hautes Juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), Premier président de la Cour de cassation du Sénégal,
Monsieur le Secrétaire général de l'AHJUCAF, Ancien Premier Président de la Cour de cassation française, Membre du Conseil constitutionnel français,
Mesdames et Messieurs les Premiers Présidents, Présidents et Membres des Hautes Juridictions de cassation francophones,
Mesdames et Messieurs les Représentants du corps diplomatique,
Mesdames et Messieurs, distingués invités,

En débutant la lecture de ce message, permettez-moi, tout d'abord, de vous présenter les profonds regrets de Monsieur Hugo SADA, Délégué à la paix, à la démocratie et aux droits de l'Homme de l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF), de ne pouvoir être présent dès la cérémonie d'ouverture des travaux du deuxième Congrès de l'Association des Hautes Juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), et de vous confier, au nom de Son Excellence Monsieur Abdou DIOUF, Secrétaire général de la Francophonie, l'intérêt majeur que l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF) porte au Congrès qui s'ouvre à présent sur le thème de « l'indépendance de la justice ».

Cette attention particulière réservée à vos travaux témoigne de la capacité de l'Association à se saisir des problématiques les plus utiles et sans doute également de l'exemplarité du partenariat développé entre l'OIF et l'AHJUCAF.

Le deuxième Congrès de l'AHJUCAF s'inscrit en effet, comme vous le savez, dans un contexte porteur, marqué par la préparation de la quatrième Conférence des Ministres francophones de la Justice qui se tiendra à Paris, les 13 et 14 février 2008.

Il se présente aussi, six années après l'Assemblée constitutive de l'AHJUCAF, comme une étape déterminante pour l'approfondissement du partenariat engagé avec l'Organisation internationale de la Francophonie en faveur, selon les termes des statuts de l'Association, de la promotion du rôle des Hautes Juridictions dans la consolidation de l'Etat de droit, du renforcement de la sécurité juridique, de la régulation des décisions judiciaires et de l'harmonisation du droit au sein des Etats membres.

En situant le contexte de la tenue de votre deuxième Congrès, je voudrais évoquer la mission politique de l'Organisation internationale de la Francophonie conduite en faveur de la promotion de la paix, de la démocratie et des droits de l'Homme et souligner, sous ce point, l'engagement réitéré des Etats et gouvernements francophones en faveur de l'indépendance de la justice.

Dans la Déclaration sur la démocratie, les droits et les libertés adoptée à Bamako le 3 novembre 2000, texte normatif et de référence de la Francophonie en ces domaines, les Etats et gouvernements francophones se sont saisis de quatre enjeux principaux : la consolidation de l'Etat de droit, la tenue d'élections libres, fiables et transparentes, la gestion d'une vie politique apaisée, enfin la promotion d'une culture démocratique intériorisée et le plein respect des droits de l'Homme. C'est sous le chapitre dédié à la consolidation de l'Etat de droit, qu'ils se sont engagés à « renforcer les capacités des institutions de l'Etat de droit, classiques ou nouvelles, et œuvrer en vue de les faire bénéficier de toute l'indépendance nécessaire à l'exercice impartial de leur mission », ainsi qu'à « assurer l'indépendance de la magistrature, la liberté du Barreau et la promotion d'une justice efficace et accessible, garante de l'Etat de droit ».

Dans la Déclaration de Saint-Boniface sur la prévention des conflits et la sécurité humaine, adoptée en mai 2006, les Etats et gouvernements ont souscrit au principe de la responsabilité de protéger et ont confirmé le rôle de l'OIF dans l'alerte précoce et la diplomatie préventive.

Plus récemment, en septembre 2006, dans la Déclaration qu'ils ont adoptée à l'issue de leur XIème Sommet à Bucarest, ils ont réaffirmé leur « volonté d'accorder des moyens substantiels à la lutte contre la corruption et contre l'impunité, ainsi qu'à l'indépendance de la justice, en favorisant l'intégration régionale par le droit », soulignant, une nouvelle fois, l'intensité du principe d'indépendance.

Au soutien de ce corpus, aussi bien que des programmes de coopération juridique mis en œuvre par l'OIF, il s'est agi, pour la Francophonie, de concevoir un mécanisme de suivi du respect des engagements consignés dans la Déclaration de Bamako, exercice conduit en liaison étroite avec ses partenaires privilégiés.

Le dispositif d'observation et d'évaluation permanentes des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone prévu par le chapitre 5 de la Déclaration de Bamako, qui associe, tant à des fins de prévention de situations de crise ou de conflit, qu'en vue d'un ajustement régulier des programmes de coopération francophone, de multiples expertises, et en particulier celle des réseaux institutionnels de la Francophonie, constitue le cadre idoine de l'analyse de l'effectivité de l'indépen-

dance des institutions judiciaires mais également des institutions de médiation, de régulation, ou encore de promotion et de protection des droits de l'Homme installées dans les pays francophones.

Dans la conduite de cet exercice, partagé et déconcentré, de veille et d'évaluation, la Francophonie s'est appuyée, notamment, sur la contribution de l'AHJUCAF, et le Congrès qui débute aujourd'hui ne manquera pas d'enrichir, substantiellement, les premières conclusions établies, mais également sur les analyses reçues de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (ACCPUF) qui a consacré un travail important à la situation de l'indépendance des juridictions et des juges constitutionnels, de même que de l'Association africaine des Hautes Juridictions francophones (AAHJF) à laquelle plusieurs des institutions représentées aujourd'hui à Dakar participent, après des débats fructueux conduits ces derniers jours à Bissau, à l'invitation du Tribunal suprême de Justice de Guinée Bissau, sur « le coût et le rendement du service public de la justice ».

C'est sur ces fondements, et partant de cette contribution plurielle des acteurs institutionnels et des praticiens de l'espace francophone, que la Délégation à la paix, à la démocratie et aux droits de l'Homme de l'OIF s'est attachée à formuler un certain nombre de préconisations dans son deuxième Rapport sur « l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone », qui a été transmis au Secrétaire général de la Francophonie ainsi qu'aux Etats et gouvernements membres.

Dans ce sens, vous me permettrez de revenir quelques instants sur l'éclairage porté dans ce Rapport sur l'effectivité de l'indépendance des institutions. L'indépendance des institutions doit en effet se mesurer à l'aune d'une approche pragmatique en recourant à des indicateurs adaptés aux différents types d'organes ; la recherche de l'indépendance n'a de sens que mise en perspective avec les missions attribuées aux institutions.

La garantie de l'indépendance de la justice, entendue à la fois comme l'indépendance des juges et des juridictions, renvoie notamment aux conditions de nomination des magistrats, à la composition des Conseils supérieurs de la magistrature, au statut des magistrats et aux règles afférentes à leur déontologie, mais encore aux moyens dont sont effectivement dotés les juridictions, aux modalités de saisine et aux conditions d'accès qui, si elles sont trop restrictives, conduisent à la paralysie des institutions. L'indépendance de la justice se trouve également au fondement de la sécurité juridique, elle-même condition du développement économique.

Du rappel de ces dispositions et des modalités de mise en œuvre de l'observation et de l'évaluation des pratiques, vous comprendrez combien la vitalité de ce mécanisme et la pertinence des états des lieux réalisés comme des recommandations énoncées, re-

posent sur le concours, vigilant, des réseaux francophones de compétences, et notamment de l'AHJUCAF.

Soyez assurés que nous ne manquerons pas de restituer, dans le cadre du troisième Rapport de la Délégation, établi dans la perspective du prochain Sommet des Chefs d'Etat et de gouvernement francophones qui se tiendra au Québec, en octobre 2008, l'essence des réflexions mises en lumière tout au long de la présente Rencontre.

De la même façon, vos débats ne manqueront pas de nourrir les travaux préparatoires à la quatrième Conférence des Ministres francophones de la Justice de février prochain, tant la cohérence de nos programmes à venir en faveur des institutions judiciaires mérite, à l'heure de la prise en considération de nouveaux enjeux, toute notre attention.

Car il ne suffit pas, en effet, de consacrer une nouvelle fois avec force et détermination la primauté du principe d'indépendance, mais bien, et cela est également la préoccupation de votre Congrès, d'engager un travail concret sur les moyens et les instruments les plus utiles à l'identification des obstacles à l'indépendance comme des conditions de la garantie de l'indépendance des magistrats, travail appelé à donner un nouvel élan à la coopération judiciaire francophone.

Monsieur Hugo SADA, dans l'allocution qu'il prononcera demain à la clôture de vos travaux, ne manquera pas de vous livrer tant les défis actuels qui se présentent à la coopération judiciaire francophone, que les perspectives les plus novatrices de renforcement de notre partenariat.

Excellences,

Mesdames et Messieurs,

Je ne saurais terminer mon propos sans vous transmettre, au nom du Secrétaire général de la Francophonie, Son Excellence Monsieur Abdou DIOUF, tous nos encouragements pour le déroulement de votre Congrès et former le vœu que les échanges qui débutent aujourd'hui nous accompagnent, dans la connaissance toujours plus précise du fonctionnement des Hautes Juridictions de cassation francophones et contribuent, ainsi, à la réalisation de nos objectifs partagés en faveur d'une solidarité accrue entre les membres de notre communauté comme de la consolidation de l'Etat de droit dans l'espace francophone.

Permettez moi enfin de saluer la disponibilité comme l'engagement constants que la présidence, de même que le secrétariat général de l'AHJUCAF, n'ont cessé de manifester à l'endroit du projet francophone et de son approfondissement, et d'exprimer mes

plus vifs et sincères remerciements aux Hautes Autorités du Sénégal pour l'accueil chaleureux réservé à notre Organisation.

Je souhaite le plus grand succès à vos travaux et vous remercie de votre attention.

Monsieur Cheikh Hadjibou SOUMARE, Premier ministre de la République du Sénégal

Madame le Président du Conseil constitutionnel,
Monsieur le Ministre de la Justice du Royaume d'Arabie Saoudite,
Monsieur le Ministre d'Etat, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice,
Mesdames et Messieurs les Membres du Gouvernement,
Monsieur le Président du Conseil d'Etat,
Monsieur le Médiateur de la République,
Honorables sénateurs et députés,
Monsieur le Président de la Cour de cassation,
Mesdames et Messieurs les Premiers Présidents et Présidents des Hautes juridictions membres de l'AHUCAF,
Monsieur le Président de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA,
Madame la Représentante du Secrétaire Général de l'Organisation Internationale de la Francophonie (OIF),
Mesdames et Messieurs les Membres du Corps diplomatique et Représentants des Organisations internationales,
Distingués membres de la famille judiciaire,
Honorables invités,
Mesdames et Messieurs,

Je voudrais tout d'abord, vous transmettre les salutations de Son Excellence Maître Abdoulaye WADE, Président de la République du Sénégal, qui aurait bien voulu être avec vous ce matin.

C'est pour moi un agréable devoir de m'adresser à vous ce matin, à son nom, pour vous souhaiter, à la suite du Président de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), la bienvenue au Sénégal.

Je voudrais aussi vous dire toute notre fierté de recevoir d'aussi éminentes personnalités du monde judiciaire francophone, venues de tous les continents pour, ensemble, réfléchir sur un thème qui nous tient particulièrement à cœur : «l'indépendance de la justice»

Dans les pays membres de votre Association, en général, l'indépendance de la justice est proclamée et garantie par des textes : c'est le cas du Sénégal où la Constitution consacre la séparation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire et prescrit, entre autres dispositions, que «les juges ne sont soumis qu'à l'autorité de la loi dans l'exercice de leurs fonctions».

Cependant, la problématique de l'indépendance de la justice, celle du juge, réglée en principe par la constitution et les lois, se heurte souvent aux réalités de la vie quotidienne particulièrement dans nos sociétés africaines où les pressions d'ordre familial, ethnique ou religieux sont souvent omniprésentes, à côté des pressions d'ordre économique voire financier que tous les pays du monde peuvent connaître.

En effet, le juge étant un citoyen à part entière, rien de ce qui concerne la vie en société ne devrait le laisser indifférent, mais la conception universelle de la justice, dont l'indépendance constitue l'un des fondements majeurs dans l'Etat de droit, suppose naturellement la liberté du juge vis-à-vis de soi-même, de ses proches et vis-à-vis du pouvoir sous toutes ses formes, bien que, comme tout être humain, il est issu d'un milieu social déterminé dont il est une émanation.

Faut-il alors donner raison à ceux qui estiment que l'indépendance ne s'acquiert pas mais se conquiert ?

En tout cas, comme le disait feu le Président Kéba MBAYE, «on ne peut forcer un homme à être libre, on ne peut que lui donner les moyens de sa liberté, l'indépendance n'existe que par exercice et volonté».

Pour ce qui nous concerne, au Sénégal, l'Etat est conscient de sa responsabilité dans la consolidation permanente de l'indépendance de la justice et accepte que ses actes soient contrôlés par les juridictions compétentes. Il respecte aussi et veille à l'exécution de leurs décisions.

Le Président de la République, à l'occasion d'une audience de rentrée solennelle des cours et tribunaux, en janvier 2001, son premier discours en pareille circonstance après son investiture à la magistrature suprême, a proclamé qu'en contrôlant les actes de l'Etat, le juge a le devoir de «sauver l'individu sans sacrifier l'Etat, et assurer la vie collective sans briser le citoyen. Il est le gardien des libertés mais aussi le protecteur de l'ordre public. Il accomplit sa mission en engageant sa responsabilité, n'ayant de référence que sa propre conscience».

Le juge est donc, en dernière analyse, le garant de la confiance de l'individu envers la société, un rempart contre la colère irresponsable ou la vengeance personnelle, le garant de la stabilité et de la paix sociales, et surtout le garant de la démocratie, non seulement par sa participation à la surveillance des opérations électorales dont il assure la sincérité mais aussi parce qu'il contribue au respect de la loi, qui n'est elle-même que le reflet de la volonté du peuple souverain.

Par suite, les textes sur l'indépendance de la justice étant clairs, le Président de la République nous instruit régulièrement de veiller à ce qu'on pourrait qualifier de mesures d'accompagnement indispensables à la consolidation et la pérennité de cette indépendance : il s'agit de l'amélioration constante des conditions de vie et de travail des magistrats par un important programme en plusieurs volets :

- revalorisation régulière de l'indemnité spéciale pour tenir compte des sujétions particulières à la profession,
- constructions de nouveaux palais de justice modernes et fonctionnels,
- informatisation des juridictions,
- renforcement, en particulier au niveau des hautes cours, de la documentation juridique et judiciaire,
- facilitation de l'accès au logement pour les magistrats et le personnel judiciaire, etc.

Mesdames et Messieurs,

Nous sommes convaincus que dans un Etat de droit, la justice, rendue par des femmes et des hommes dont l'indépendance et l'impartialité constituent les garanties indispensables au droit fondamental à un procès équitable, doit de plus en plus, être considérée comme une prestation que l'Etat a le devoir d'offrir aux citoyens, au même titre que la santé et l'éducation.

Pour terminer, je réitère mes remerciements à toutes les hautes personnalités qui ont bien voulu faire le déplacement et à l'Organisation Internationale de la Francophonie, représentée par son Délégué à la Paix, à la démocratie et aux droits de l'Homme.

En vous souhaitant un agréable séjour dans notre pays, je déclare, au nom de Son Excellence Maître Abdoulaye WADE, Président de la République du Sénégal, ouvert le deuxième congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français.

Je vous remercie de votre attention.

Rapport introductif

Monsieur Guy Carcassonne
Professeur de droit public
Université de Paris X – Nanterre (France)

En Albanie, « selon l'opinion publique, les juges ne sont pas indépendants ».

Au Burkina-Faso, « l'opinion publique n'a pas le sentiment que les juges sont indépendants ».

En France, 54 % des sondés considèrent que le fonctionnement de la justice est plutôt dépendant du pouvoir politique.

En Guinée, « il faut reconnaître que l'opinion publique n'a pas le sentiment que les juges sont indépendants ».

En Haïti, « l'opinion publique, par la faute de certains juges véreux, a collé à la justice haïtienne une épithète de 'corrompue', cela suppose qu'elle est partielle, elle ne saurait donc, dans l'esprit du public, être indépendante ».

Au Mali, « si l'opinion publique pense que les juges ne sont pas aux ordres du pouvoir, il n'en demeure pas moins qu'ils sont sous l'influence de l'argent ».

En Mauritanie, l'opinion publique « est plutôt convaincue que les juges sont sous l'influence des pouvoirs politiques ou des puissances financières ».

38,7 % des sondés en Moldavie ne font pas trop confiance à leur justice, contre seulement 27,6 % qui nourrissent le sentiment inverse.

Au Tchad, « l'opinion publique a le sentiment que les juges ne sont pas indépendants », tout comme au Togo où « elle ne semble pas être convaincue de l'indépendance des juges »

A cette cruelle question 29, la palme de la franchise et du laconisme revient à nos amis du Niger : l'opinion publique a-t-elle le sentiment que les juges sont indépendants ? La réponse tombe, simple, nette et brutale : non.

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, chers amis, nous avons du travail !

Bien sûr, je ne viens de citer que les réponses négatives, mais elles sont 11 sur 28, auxquelles pourraient s'ajouter les silences ou les réponses dubitatives ou incertaines, tandis que 8 seulement, moins du tiers, sont pleinement rassurantes.

C'est dire, en premier lieu, combien les organisateurs de ce congrès ont été bien inspirés de choisir ce thème, que l'on sait rebattu et qui, pourtant, demeure toujours actuel, parfois douloureusement.

C'est dire, en second lieu, combien ce questionnaire est riche d'informations, d'enseignements, au point qu'il mériterait à mes yeux qu'une équipe de chercheurs s'en empare afin d'en dépouiller, d'en analyser la substance.

C'est dire, en troisième lieu, l'insuffisance du droit. Car, enfin, pratiquement tous les pays ici représentés peuvent se flatter d'avoir, dans leurs textes, épousé tous les standards universellement requis en la matière et cela n'a pas suffi.

Alors, une nouvelle fois, il faut partir à la recherche de cette notion ambiguë, de cette réalité fuyante.

Selon le dictionnaire historique de la langue française¹ le premier texte où apparaît l'adjectif date de 1584, bientôt suivi, dès 1610, par le substantif. Dès cette origine, il a partie liée avec la liberté, car est indépendant celui qui a le goût de la liberté, et accède à l'indépendance tout pouvoir qui jouit de cette liberté. C'est la fin du XVIII^{ème} siècle qui popularisera le terme à l'occasion de la guerre d'indépendance qui a donné naissance aux USA, et le milieu du XX^{ème} siècle lui offrira une jeunesse nouvelle avec la décolonisation et l'accession de nombreux pays à leur indépendance.

Si l'on quitte les rivages de l'histoire pour se diriger vers les définitions lexicales, celles que propose l'irremplaçable Trésor de la Langue Française (TLF) nous laissent sur notre faim.

Appliqué à notre objet, l'indépendance de la justice, le TLF renvoie à René Capitant qui, tout imprégné de droit public, la définit comme la « Situation d'un organe ou d'une collectivité qui n'est pas soumis à l'autorité d'un autre organe ou d'une autre collectivité ». Mais on sait que c'est là une conception nécessaire mais insuffisante : le juge peut n'être soumis à l'autorité d'aucun autre organe ou collectivité, tout en aliénant son indépendance à des particuliers, à de l'argent, à une pression extérieure qui, pour n'être pas organisée, n'en est pas moins redoutable.

Aussi le TLF suggère-t-il une autre définition, plus large, moins organique et plus psychologique : le « fait de jouir d'une entière autonomie à l'égard de quelqu'un ou de quelque chose ». Mais, de nouveau, l'office du juge n'y trouve pas tout à fait son compte. Son autonomie, en effet, doit être vaste mais elle n'est pas entière, puisqu'on la sait bornée par les prescriptions de la loi qu'il lui faut appliquer.

Surtout, ces définitions méconnaissent deux caractéristiques, essentielles et singulières, de la notion d'indépendance appliquée à la justice : elle ne trouve ni ses bénéficiaires ni sa finalité en elle-même.

L'indépendance n'est pas destinée à la justice mais aux justiciables, ses « consommateurs souvent involontaires »², auxquels elle se doit d'apporter cette garantie. Mais cette garantie, à son tour, n'est qu'un moyen mis au service d'une autre fin, celle de l'impartialité, qui prémunit contre tout préjugé.

Appliquée à la justice, l'indépendance révèle ainsi un altruisme que le même terme ne contient pas lorsqu'il s'applique aux individus : je suis indépendant, j'en suis heureux, j'en jouis, mais j'ai conscience de ce que cette indépendance a d'égoïste, de ce qu'elle ne sert ni ne réjouit nul autre que moi-même. Vous, juges, êtes dans une situation différente : vous aussi pouvez prendre plaisir à votre indépendance, mais elle n'est pas faite pour cela, elle n'est pas faite pour vous, elle est là – quand elle est là – pour vous permettre l'impartialité qui profitera à d'autres, tous ceux qui feront appel à votre justice.

« La Justice, écrivait Portalis, est la première dette de la souveraineté ». La proposition appelle son corollaire : l'indépendance est la première dette de la justice.

S'il y a une dette, il y a un débiteur, voire plusieurs. Et c'est ici, selon moi, que l'on met le doigt sur le nœud de la difficulté.

Le débiteur d'évidence, pour reprendre Portalis, s'est naturellement le souverain, celui auquel l'Etat donne la personnalité morale. Il lui revient donc, par les instruments appropriés et que tout le monde connaît, de s'acquitter de sa dette en offrant au système juridictionnel le maximum de garanties de son indépendance, garanties statutaires, garanties matérielles, garanties juridiques qui, toutes, contribuent à la mise en œuvre de principes généralement énoncés dans la norme suprême qu'est la Constitution et présents également dans de nombreux instruments internationaux.

Mais si l'Etat est le premier débiteur de la justice et de son indépendance, il n'est pas le seul. Les juridictions et ceux qui les composent sont, à leur tour, comptables de cette indépendance dont ils sont réputés avoir les moyens, lesquels, toutefois, resteront vains si les magistrats eux-mêmes n'y apportent pas le concours de leur volonté propre.

C'est pour refléter tout cela que Jean-Marc Varaut est tout à fait fondé à écrire que l'indépendance « est vécue non seulement comme une exigence morale, mais comme un droit et un devoir »³.

Un droit, un devoir, voilà les deux notions autour desquelles je me propose de structurer ce rapport introductif, placé sous l'éclairage d'ensemble de l'exigence morale.

I – L'indépendance de la justice est un droit

Ce droit ne se discute pas, ne se discute plus. C'est aux constitutions qu'il appartient de le proclamer.

Pratiquement toutes le font de bonne grâce, comme en attestent les réponses au questionnaire. Parfois, il est vrai, les constituants peuvent avoir des arrière-pensées tant la proclamation du principe laisse de marge aux acteurs désireux de ne pas la prendre trop au sérieux.

C'est pourquoi l'affirmation, à laquelle sa solennité ne suffit pas à donner l'effectivité nécessaire, doit être relayée par les lois et règlements destinés à la mettre en œuvre. Mais, du même coup, apparaît le besoin d'un contrôle de constitutionnalité qui puisse veiller à la sauvegarde des principes et sanctionner leur violation éventuelle. Le juge constitutionnel se trouve ainsi le premier bouclier de l'indépendance de tous les autres juges. Autant dire que si lui-même n'est pas assez vigilant, pas assez strict, c'est tout l'édifice qui s'en trouve gravement fragilisé. Voilà pourquoi, notamment, l'ensemble du système judiciaire doit appeler de ses vœux une cour constitutionnelle qui, non seulement, donne elle-même l'exemple de l'indépendance, de la rigueur et de l'impartialité, mais encore protège de ce fait l'indépendance, la rigueur et l'impartialité des autres.

Pour ce faire, le système doit donc d'abord assurer la séparation des pouvoirs (a), ensuite détailler les garanties indispensables (b).

a) Assurer la séparation des pouvoirs

Depuis 259 ans et la publication de *L'esprit des lois* en 1748, la pensée de Montesquieu, elle-même héritière de celle de Locke, n'a cessé d'alimenter les débats. Le lieu n'est pas ici de les retracer mais plutôt d'envisager leur point d'arrivée actuel, celui autour duquel s'est formé une sorte de consensus que résume assez bien, me semble-t-il, les formulations retenues par le Conseil constitutionnel français selon lequel « l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le gouvernement », moyennant quoi « il n'appartient ni au législateur ni au gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions ou de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leurs compétences ».

Il s'agit là, pourrait-on dire, de l'étiage de la séparation des pouvoirs, du minimum en-dessous duquel elle serait méconnue. Au-delà, les dénominations peuvent varier, l'on peut parler de pouvoir judiciaire ici ou d'autorité judiciaire là, ou encore s'abstenir de

la qualifier ailleurs. De la même manière, il peut exister une Cour suprême, ou non : mais, en fin de compte, seule importe, avant tout, la séparation fonctionnelle qui place le juge et ses missions à l'abri des ingérences extérieures, d'où qu'elles puissent venir.

Dès lors que ce résultat est atteint, cette première exigence, celle de la séparation des pouvoirs, est sauve. Mais pour que ce résultat soit atteint, deux conditions doivent être simultanément réunies.

La première, la plus évidente, est que le pouvoir politique, que ce soit dans sa composante exécutive ou législative, ne puisse intervenir autrement que par la fixation des normes au respect desquelles le juge aura ensuite la charge de veiller.

La deuxième conséquence, moins claire, est aussi que le juge lui-même s'abstienne d'empiéter sur l'exercice par d'autres du pouvoir qui est le leur. Si je rappelle cette exigence, c'est parce que le risque existe toujours, qui s'est matérialisé en France, qu'une conception trop extensive de la justice, en particulier pénale, n'amène le juge à franchir la frontière entre légalité et opportunité, à apprécier ce qu'est ou aurait été, selon lui, la bonne utilisation du pouvoir législatif ou du pouvoir réglementaire, mettant ainsi en cause les conditions de leur exercice pourtant légal, alors que lui-même serait le premier à s'indigner, à juste titre, si gouvernement ou parlement prétendait substituer leurs décisions aux siennes.

En d'autres termes, la séparation des pouvoirs n'est pas unilatérale et joue dans tous les sens.

Cela dit, ces pouvoirs séparés pèsent évidemment les uns sur les autres, mais c'est souvent au juge que reviennent les tâches les plus ingrates. C'est lui qui doit, s'il y a lieu, constater l'illégalité d'un acte du pouvoir exécutif, au risque de violemment mécontenter celui-ci. C'est lui encore qui est sommé, le plus souvent, de présider à la naissance des autres. Je songe ici au contentieux électoral, dont les conséquences sont parfois considérables, et qui place le juge dans une situation pénible partout où les mécanismes démocratiques ne sont pas assez éprouvés pour inspirer confiance. Sans doute ne mesure-t-on pas toujours assez les conséquences que l'existence de ces contentieux fait peser sur l'ensemble du système judiciaire. C'est pourquoi, lorsque le problème existe, je crois sage d'en confier le traitement à des institutions très spécialisées, qui doivent bien sûr présenter le maximum de garanties, et ainsi d'en soulager le système judiciaire qui, quelque décision qu'il prenne, est ensuite suspecté de partialité politique, ce qui n'est certes pas favorable à la confiance et au respect qu'il se doit d'inspirer.

Toujours est-il, pour en revenir au propos principal, que la séparation des pouvoirs doit, avant tout, dresser autour du judiciaire le mur infranchissable qui le met à l'abri des immixtions des deux autres pouvoirs.

Mais si, comme on l'a vu, c'est assez aisé dans le principe, cela n'a de sens et d'effectivité que ceux qu'apportent les garanties indispensables.

b) Détailler les garanties indispensables

Que l'indépendance de la justice soit un droit est une chose. Mais autre chose est d'identifier les titulaires de cette indépendance. Or chacun sait que la justice ne peut être indépendante si ceux qui la rendent ne le sont pas.

En conséquence, là où la proclamation puis la mise en œuvre du principe de séparation des pouvoirs suffisent, formellement, à assurer l'indépendance de la justice, saisie collectivement, bien d'autres garanties sont requises pour assurer celle des juges, pris individuellement.

L'on en vient ici aux traductions les plus classiques du droit à l'indépendance. Elles sont aujourd'hui bien connues et largement partagées, ce qui, hélas, ne suffit certes pas à ce que tous les problèmes soient réglés.

Inventorier les sujets, c'est inventorier les difficultés, tant dans le recrutement et la formation, qu'ensuite dans le déroulement de la carrière, enfin dans les accidents qui peuvent l'émailler.

S'agissant du recrutement, les bonnes méthodes sont connues mais le plus difficile est dans la gestion des transitions : lorsque l'on veut passer d'un système insatisfaisant à un système satisfaisant, comment doit-on faire, et avec qui ? Face à un système judiciaire asservi ou vénal, faut-il commencer par le purger – ce qui n'est déjà pas chose aisée – pour ensuite seulement apporter des garanties d'indépendance à des juges nouveaux, ou faut-il commencer par les garanties, quitte à ce qu'elles profitent en premier lieu à ceux qui, dans le passé, ont eu des pratiques détestables et dont on est en droit de se défier ?

Comme vous le constatez, ces questions sont tout sauf théoriques ou inactuelles. Plusieurs des pays membres de l'AHJUCAF ont eu à se les poser dans un passé très récent, tandis que d'autres, ici ou ailleurs, y sont encore confrontés, et pas toujours sous une forme édulcorée.

La formation, elle, a notablement progressé avec la généralisation de facultés de droit de bon niveau qui offrent aux pays qui en ont fait l'effort les cadres dont ils ont besoin. Quant au contenu de cette formation, j'aurai l'occasion d'y revenir.

Aucun des pays membres de l'association ne recrute ses juges par voie d'élection et tous pratiquent le recrutement sur concours ou, parfois, sur titre. De ce fait, doit s'organiser un déroulement de carrière, dont il va de soi qu'il ne peut être abandonné à la volonté du pouvoir politique. Aussi bien divers systèmes ont-ils été mis en place qui ont en commun de confier à des autorités elles-mêmes judiciaires les tâches délicates de la sélection puis de l'avancement.

Le pouvoir politique, pourtant, est loin d'avoir renoncé partout à influencer sur ces choix. Il lui arrive d'invoquer son intervention, au mieux indirecte, par la crainte, sinon, d'assister à des dérives corporatistes qui, de fait, ne sont pas toujours absentes. Aussi n'est-il pas surprenant que la composition des instances supérieures de la magistrature soit un sujet de vives discussions dont je sais que nous le retrouverons dans nos débats.

Mais garantir l'indépendance, c'est aussi assurer à ses titulaires les moyens d'exercer leurs fonctions. Cela vise les moyens personnels du juge, auquel son traitement doit permettre de vivre décemment et d'être mis à l'abri de la tentation. Mais cela vise aussi les moyens de la juridiction elle-même, à laquelle le pouvoir politique ne doit pas pouvoir couper les vivres. D'une manière générale, à en juger par les réponses au questionnaire, rares sont les pays dans lesquels le budget de la justice atteint ou dépasse 1 % du budget de l'Etat et il est à craindre qu'un pourcentage en référence au PIB serait plus accablant encore. Cela donne la mesure, assez sombre, de l'importance que chaque pays attache à une fonction dont, par ailleurs, tous les textes officiels se complaisent à souligner l'éminence.

S'agissant enfin des garanties statutaires, au premier rang desquelles l'inamovibilité des magistrats du siège, elles peinent souvent à apporter une réponse convaincante à la question lancinante de la responsabilité des juges. Celle-ci a pris, en France, un relief particulier lorsque le Président de la République s'est mis en tête de l'agiter lui-même. Je ne suis pas sûr que les conditions dans lesquelles il est intervenu aient beaucoup fait pour la clarté et la compréhension des enjeux, non plus que pour les progrès dans la voie des solutions, mais le problème reste effectivement posé lorsque, très rarement heureusement, les agissements d'un juge ou d'un système excèdent à l'évidence la marge d'erreur que toute activité humaine nous contraint à admettre.

Mais, d'une manière générale, l'on voit bien que les exigences de la séparation des pouvoirs, d'une part, le détail des garanties indispensables, d'autre part, peuvent s'appuyer sur des instruments connus et efficaces. L'on peut disputer sur les mérites de divers systèmes, l'on peut revendiquer davantage de moyens, ou mieux adaptés, mais les bonnes méthodes pour assurer le droit à l'indépendance de la justice n'ont rien de mystérieux.

C'est une tout autre histoire lorsque l'on passe du droit au devoir.

II – L'indépendance de la justice est un devoir

Ici, moins de repères, moins de recettes éprouvées, moins de solutions connues qu'il s'agirait seulement de mettre en œuvre et de renforcer. Comme toujours, le passage de l'objectif au subjectif complique. Or ce n'est plus le juge en tant qu'institution qui est ici en cause, mais bien le juge en tant que femme ou homme, faillible et imparfait comme toute femme et tout homme.

La question cesse alors d'être celle des garanties de l'indépendance – elles sont réputées apportées – pour devenir celle de la démonstration de l'indépendance.

Vous tous qui êtes ici en savez plus que moi, puisque vous le vivez quand je ne fais que l'observer. Par quel miracle pouvez-vous parvenir, pour reprendre la formule de Malraux, à transformer le droit en justice ?

Pour accomplir ce miracle, il vous faut vous conformer à d'autres règles, d'autres codes, toujours plus subtils, souvent plus incertains, que ne sont les lois elles-mêmes. Ces règles portent un nom, issu du grec : cela s'appelle la déontologie.

Même elle, pourtant, est encore insuffisante ou se révèle muette, et il faut alors recourir à une notion plus incertaine encore, mais qui porte un nom elle aussi puisqu'on l'appelle l'éthique.

C'est alors de l'addition de la déontologie (a) et de l'éthique (b) que résultera le respect du devoir d'indépendance.

a) Déontologie

Dans les limites, souvent larges, que lui assigne la loi, le juge est libre. Il est libre de qualifier, libre d'interpréter, finalement libre de statuer. Bien sûr, cette liberté s'exerce sous le contrôle éventuel d'une juridiction supérieure. Mais il n'empêche, d'une part, qu'arrive le moment où il n'existe plus de juge supérieur et vous qui êtes ici le savez mieux que quiconque et, d'autre part, qu'en tout état de cause le juge doit faire comme si la décision qu'il s'apprête à rendre devait être définitive, d'abord parce qu'elle l'est souvent, ensuite parce que, sauf à se renier lui-même, il ne peut s'en remettre à d'autres de corriger ses erreurs.

Ainsi faut-il tout l'aveuglement occasionnel du politique pour croire que le juge n'est pas créateur de droit. Il l'est constamment, même dans ceux des systèmes qui se piquent le plus de tout régir par la loi.

Les mêmes faits peuvent recevoir plusieurs qualifications concurrentes, selon l'appréciation que le juge choisira de porter sur eux. Le même texte peut faire l'objet de plusieurs interprétations concurrentes, selon la capacité ou la volonté d'analyse du juge. Même en s'accordant sur la qualification, puis sur l'interprétation, le même litige pourra déboucher sur plusieurs sentences concurrentes, selon l'accent que le juge aura mis sur tel ou tel de ses aspects.

Trancher entre cette suite de choix concurrents est un pouvoir dont les titulaires eux-mêmes gagnent à ce qu'il soit balisé, sauf à s'en enivrer, au risque de l'arbitraire, au risque de l'injustice.

L'on touche alors à la limite de l'indépendance : elle est acquise, mais après ? Le juge, conscient de la liberté qui est la sienne, ne risque-t-il pas d'en être lui-même effrayé puis, pour dissiper sa crainte, d'adopter le comportement le plus conformiste, celui qui, à ce titre, paraîtra le moins périlleux, lors même qu'il pourrait n'être pas juste ?

C'est pour apaiser cette angoisse légitime qu'est né de la confiance cet instrument précieux que l'on appelle la jurisprudence.

Il est en effet pour le moins fruste de ne vouloir voir dans la jurisprudence que les manifestations d'autorité des juridictions suprêmes. Il y a, bien sûr, une part d'autorité, mais elle s'impose d'autant mieux qu'elle s'appuie sur les conclusions auxquelles sont déjà parvenus d'autres juges, qu'elle répond à des questions qu'ils ont déjà eu l'occasion de se poser.

En d'autres termes, la jurisprudence est une création collective à laquelle de nombreux juges ont participé et c'est cela qui explique, bien mieux que la hiérarchie juridictionnelle, pourquoi les juges saisis d'un problème déjà réglé par leurs collègues sont conduits soit à adopter une solution identique, soit à ne retenir une solution différente qu'en se fondant sur des motifs assez puissants pour les avoir convaincus eux-mêmes, et qu'ils estiment de nature à convaincre leurs collègues à leur suite.

Le Doyen Vedel, que je n'eus jamais la chance d'avoir pour professeur mais que j'ai eu le bonheur d'avoir pour ami, aimait à dire de nous que nous étions professeurs de science inexacte. Science inexacte, soit ! Mais science quand même. Parce qu'il y a une dimension scientifique dans la discipline juridique, l'interprétation est fréquemment un acte de connaissance. Mais parce que cette science reste inexacte, les cas demeurent nombreux dans lesquels cet acte de connaissance est insuffisant, au point que ses lacunes ne peuvent être comblées que par un acte de volonté.

Encore faut-il au juge, pour respecter sa déontologie, avoir épuisé les ressources de la connaissance, c'est-à-dire l'analyse juridique loyale et rigoureuse, avant de recourir à celles de la volonté, qui n'est ici qu'un pseudonyme de son propre libre arbitre.

Pour procéder ainsi, il lui faut écouter soigneusement les arguments échangés, entendre l'intervention des avocats comme un concours et non pas comme une gêne, bref se forcer, quoi qu'il puisse lui en coûter de patience, à jouer pleinement le jeu du débat judiciaire. L'accomplissement de son devoir d'indépendance est à ce prix, faute de quoi la réalité le révélera dépendant de ses pulsions, de ses préférences, de ses préjugés, donc faisant le plus mauvais usage de la liberté qui est la sienne.

Mais, lors même qu'il serait un juriste consciencieux, un auditeur attentif des débats qui se déroulent devant lui, lors qu'il serait lucide aussi sur le danger d'abuser ou de mésuser de sa liberté, toutes les réponses ne lui seraient pas encore apportées, et c'est dans l'éthique qu'il lui faudra puiser les ultimes ressources qui lui sont nécessaires.

b) Ethique

La déontologie renvoie à des règles, une discipline, qui éclairent sur la bonne manière d'user de sa liberté. L'éthique, elle, pour adopter une formule d'Antoine Garapon, « prend le relais de la règle lorsque celle-ci ne peut entrer dans les méandres de la vie »⁴. Où la liberté rend nécessaire l'appel à la déontologie, c'est la responsabilité qui mobilise l'éthique.

Chacun sait que la responsabilité est la contrepartie légitime et désirable de la liberté. Mais où la liberté est un objet que le droit saisit tout compte fait assez bien, la responsabilité, elle, est plus rétive aux définitions normatives.

Dans nos travaux, nous entendrons des communications sur les diverses menaces pesant sur l'indépendance, qui ne sont plus aujourd'hui celles que l'on redoutait hier, qui ne viennent plus toutes du pouvoir politique.

Pour certaines d'entre elles les réponses sont simples, au moins dans leur énoncé sinon dans leur mise en œuvre : le magistrat corrompu doit être puni et chassé. Mais pour d'autres de ces menaces comment doit-on y répondre : à quelle aune juger le magistrat trop perméable à l'air du temps, à la musique des médias ? Comment mesurer le poids des habitudes culturelles, des environnements familiaux, des influences vicinales, des attentes présumées de l'opinion publique, toutes choses dont on sait qu'elles peuvent nuire à la sérénité, attenter à l'indépendance, entamer l'impartialité.

A tous ces risques de dérive, et à d'autres encore, il n'est de rempart effectif, quand

il existe, que dans la responsabilité du juge. Non pas la responsabilité au sens juridique, celle qui est recherchée selon les procédures appropriées qui, ici, ne pourraient rien donner, mais bien la responsabilité au sens éthique, c'est-à-dire la conscience qu'a le juge de ce qu'est son devoir, ce devoir auquel les manquements n'entraînent pas d'autre sanction que celle de la perte méritée du respect de soi-même.

Si l'on voulait, à toutes forces, faire l'économie de ce recours à l'éthique, il faudrait que la loi prévoie tout, réduise au maximum les marges d'appréciation et standardise leur usage résiduel. Il faudrait donc désincarner la justice, la systématiser, l'automatiser, bref, ne plus chercher à assurer son indépendance mais plutôt à rendre cette indépendance inutile.

Si j'insiste sur ce point, c'est d'abord parce que là réside, finalement, la garantie la plus sûre du devoir d'indépendance, dans le sens de la responsabilité qu'a le juge et dans l'envie qui est la sienne de le défendre contre toute mise en cause, intérieure comme extérieure. Mais cette insistance vient aussi d'une autre conviction, celle selon laquelle ce sens de la responsabilité s'acquiert, s'enseigne, car il ne naît pas toujours tout seul.

Lorsque, dans mon université, je participe à la préparation de nos candidats à l'Ecole nationale de la magistrature, je les trouve souvent bons, bien formés, techniquement affûtés mais beaucoup plus excités par leur mission future qu'intimidés par elle. Or celui qui va passer une partie de sa vie à juger les autres et que cette perspective n'intimide pas suscite ma méfiance. J'y vois le signe de ce qu'il n'a pas pris conscience de la grandeur de la tâche, mais aussi de ce qu'elle a de terrible, qu'il n'a pas mesuré la liberté dont il jouira et la responsabilité qu'elle appelle, qu'il ne perçoit de l'indépendance que le droit sans en mesurer le devoir.

Pour tout dire, et c'est un juriste qui parle, je ne serais pas loin de penser que, dans les concours de recrutement, la première épreuve devrait porter non sur le droit mais sur la philosophie, et être éliminatoire.

Pour conclure, je me bornerai à rappeler que, dans mon pays, il est, à propos du système judiciaire, deux aphorismes que l'on entend souvent. Le premier est celui des amateurs qui, souvent d'ailleurs comme une formule propitiatoire lorsqu'ils ont des ennuis, déclarent : « je fais confiance à la justice de mon pays ». Puis il y a l'aphorisme des professionnels, celui selon lequel « un mauvais compromis vaut mieux qu'un bon procès ». C'est assez dire que, même indépendant, le juge peut rester redoutable.

Et c'est parce que moi-même je le redoute et que vous êtes tous des juges, que je terminerai en vous demandant au profit des propos que j'ai tenus le bénéfice de toute votre indulgence.

1 « Dépendre », *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 1998, tome I.

2 Jean-Marc Varaut, « Indépendance », *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

3 *Ibid.*

4 « Ethique du juge », *Dictionnaire de la Justice*, op. cit.

Les menaces de l'indépendance

Sous-thème 1 : Les menaces internes

Président de séance

Monsieur Papa Oumar SAKHO

Premier président de la Cour de cassation du Sénégal,

Président de l'AHJUCAF

*Monsieur Alioune Badara FALL,
Professeur de droit public à l'université Montesquieu Bordeaux IV (France)
agrégé des facultés en droit public,*

*Directeur Adjoint du Centre d'études et de recherches
sur les droits africains et sur le développement institutionnel
des pays en développement (CERDRADI).*

Choisir de traiter au début de ce 21^{ème} siècle d'une question qui porte sur l'indépendance de la justice, et plus précisément sur les menaces qui pourraient peser sur elle, pourrait paraître aux yeux de bon nombre d'observateurs comme dépassé ou inutile, voire anachronique, tant ce thème a fait l'objet d'études fort intéressantes et complètes. Que l'on ne s'y trompe pas cependant. D'abord, l'importance de ce sujet tient à sa problématique qui fait de l'indépendance de la justice un débat, sinon constant, du moins toujours renouvelé dès lors qu'elle est menacée en permanence, directement ou indirectement, par divers phénomènes, structures, institutions, organes gouvernementaux ou étatiques, dont l'impact plus ou moins important sur le fonctionnement de la justice dépend de facteurs historiques, culturels, idéologiques voire religieux de chaque Etat confronté aux mêmes questions liées à la démocratie et à l'Etat de droit. Ensuite - et c'est cela qui donne une dimension inédite et actuelle à cette problématique de l'indépendance de la justice - ce thème est traité et discuté dans le cadre d'un congrès qui réunit presque l'ensemble des pays francophones. Ceci est loin d'être anodin pour plusieurs raisons.

La francophonie a la particularité de rassembler, à travers un élément culturel en commun qui est la langue française, un ensemble de pays fort hétéroclite car situés dans des zones géographiques différentes et de nature sociale et politique variée ou opposée, certains d'entre eux étant industrialisés et très démocratisés, d'autres moins développés et encore peu respectueux de principes de l'Etat de droit et de la démocratie, malgré leur volonté déclarée de les rendre effectifs.

Or, la francophonie s'est toujours préoccupée des questions relatives aux Droits de l'homme, au respect des principes démocratiques et à l'instauration de l'Etat de droit dans les pays qui revendiquent leur appartenance à cet espace culturel. Celui-ci devient ainsi un élément fédérateur en ce qu'il diffuse et encourage la défense de ces principes dans cet espace, sans distinction dans ces entités étatiques car en définitive, autant les droits de l'homme doivent être reconnus à tout individu quel que soit sa race ou son origine géographique – un homme vaut toujours un homme – autant la démocratie ne peut faire l'objet de variantes dans son effectivité et sa manifestation, selon telle ou telle région du monde. Il en est de même pour l'Etat de droit : ses modalités et ses principes

doivent rester universels et demeurent les mêmes, quel que soit le pays ou la société qui s'en réclame.

L'heureuse initiative de l'AHJUCAF d'organiser ce congrès à Dakar sur l'indépendance de la justice participe de cette construction. En effet, peut-on parler de respect des droits de l'homme, de démocratie et d'Etat de droit sans l'existence d'une justice indépendante ? Certes Montesquieu dans sa théorie de la séparation des pouvoirs lui avait donné une « fonction pratiquement nulle » (en le confinant pratiquement dans son rôle fondamental qui est celui de dire le droit), mais aujourd'hui, nul ne peut ignorer l'importance que le juge⁵ – et de façon plus large la justice – revêt encore plus dans les sociétés modernes. La justice, qu'elle soit une autorité ou un pouvoir, est un des attributs essentiels de la souveraineté de tout Etat.

En tant que telle, elle fait partie des organes les plus importants d'un pays, tant par son statut par rapport aux autres pouvoirs que par son rôle. L'action de la justice partout est de plus en plus attendue, les populations étant elles-mêmes de plus en plus conscientes de la nécessité pour les juges de dire le droit et de défendre leurs libertés lorsqu'elles sont menacées, notamment par les autorités politiques ou administratives.

Mais l'indépendance de la justice, condition sine qua non pour l'efficacité dans son action et sa crédibilité aux yeux des citoyens, dépend d'une combinaison de plusieurs conditions, c'est-à-dire de l'organisation et du fonctionnement de la justice, du statut, des attributions et des moyens du juge. Ces divers éléments varient selon les pays et ont une influence également différente en fonction de la place du politique, du social, de l'idéologie ou de la religion dans le système étatique considéré. La diversité des pays – et par conséquent celle des situations – étant l'autre particularité de l'espace francophone, le problème de l'indépendance de la justice apparaît relatif parce que dépendant de la manière dont la justice est perçue, conçue et organisée et de l'évolution que l'appareil judiciaire a lui-même connue depuis son existence dans le pays considéré. Ainsi, les pays francophones occidentaux se distinguent-ils nettement sur ce point, des autres pays situés en Afrique, en Asie et dans les pays d'Europe de l'Est récemment sortis de l'orbite de la domination soviétique.

Cette diversité de situations que ne montrent pas les réponses fournies par ces mêmes Etats au questionnaire qui leur a été proposé⁶, justifie une présentation préliminaire des différentes catégories de pays qui composent cet espace francophone qui se distinguent par leur cadre géographique et politique dans lequel leur justice est rendue.

D'abord, le premier groupe d'Etats ayant répondu à ce questionnaire est constitué de pays européens faisant preuve, a priori, d'une longue tradition démocratique⁷.

Loin de penser ou de dire que le juge bénéficie d'une totale indépendance dans ces pays – ce serait bien évidemment faux –, il est permis d'avancer l'idée que la justice y évolue et s'y exerce dans une « atmosphère » globalement démocratique où la séparation des pouvoirs et l'indépendance du juge n'y sont pas constamment et systématiquement violées de manière flagrante. Depuis quelques années par exemple, le juge français procède régulièrement, avec ténacité et courage, à la moralisation de la vie publique en mettant en examen plusieurs hommes politiques de tout bord, y compris un président de la République en fonction qui n'a dû son salut qu'à une décision du Conseil constitutionnel. Mais même dans ces pays, l'indépendance du juge n'est jamais complètement acquise et fait l'objet d'une conquête permanente.

La deuxième catégorie d'Etats francophones ayant répondu au questionnaire est constitué de pays d'Afrique du Nord et du Sud du Sahara, dont le système institutionnel et politique est pour une large part, une reproduction du modèle français. Dès leur accession à l'indépendance, ils ont logiquement institué un appareil judiciaire à côté des organes législatif et exécutif. Le principe de la séparation des pouvoirs que les Constitutions africaines, dans leur quasi-totalité, ont également consacré devrait permettre au juge de bénéficier théoriquement d'une indispensable indépendance vis-à-vis des autres organes constitutionnels pour faire respecter la loi, les droits et libertés individuels. Cela concerne également les juridictions car lorsqu'un tribunal où siègent les magistrats n'est pas indépendant vis-à-vis de l'exécutif et d'autres organes, les juges eux-mêmes qui le composent ne peuvent prétendre être indépendants.

Les premières décennies après l'accession de ces pays à la souveraineté internationale ont toutefois révélé que le juge africain, loin d'être indépendant, était sous la domination d'un exécutif fort, marqué par un chef de l'Etat omnipotent et d'un corps législatif dont les actes ne faisaient l'objet pratiquement d'aucun contrôle. Aujourd'hui l'importance que revêtent le juge et la justice en Afrique semble renforcée dans l'esprit des Africains depuis l'amorce d'un vaste mouvement de démocratisation dans la grande majorité des pays d'Afrique subsaharienne. Une bonne administration de la justice est apparue indispensable à l'instauration de la démocratie et à l'enracinement de l'Etat de droit dans ces Etats longtemps marqués par la domination d'un parti politique, voire d'un homme, au mépris des institutions où sont pourtant inscrits les principes de gouvernement les plus démocratiques et les plus respectueux des droits de l'homme.

Le processus de démocratisation entamé au début des années 1990 laissait croire que cette indépendance de la justice, si longtemps ignorée ou bafouée, allait enfin devenir réalité, même si une telle conquête devait se réaliser progressivement. Les plus hautes autorités de ces Etats africains n'ont cessé depuis l'amorce de cette démocratisation politique sur le continent, de rappeler et d'insister sur la nécessité d'un appareil judiciaire indépendant et impartial. Ces attributs permettraient au juge, pièce centrale de

cet appareil judiciaire, d'être à la fois le protecteur naturel des libertés individuelles contre les atteintes émanant notamment des pouvoirs publics, et de manière plus générale, un des acteurs de ce processus de démocratisation par une correcte application du droit, en dehors de toute pression ou autre contrainte extérieure.

Cette importance du juge est également renforcée par l'existence d'instruments juridiques internationaux, dont ceux élaborés par l'Organisation Internationale de la Francophonie qui a adopté plusieurs déclarations dans lesquelles, les gouvernants ont affirmé leur attachement aux principes démocratiques, à l'Etat de droit et au respect des droits et libertés des individus. Ces déclarations se situent dans la perspective définie par la Charte de la francophonie adoptée en 1996 et révisée en 1997 au sommet de Hanoï, ainsi que dans les autres chartes ou déclarations intervenues depuis le troisième sommet de la Francophonie de Dakar en 1989. Ces déclarations constituent, à n'en pas douter, des instruments juridiques dont la Francophonie a voulu se doter pour inciter les Etats à atteindre les objectifs qu'ils se sont fixés en matière de démocratie et d'instauration de l'Etat de droit.

Il s'agit de déclarations et plans d'action adoptés successivement par la troisième Conférence des ministres francophones de la justice du Caire en 1995, par les ministres et chefs de délégation des Etats et Gouvernement des pays ayant la langue française en commun à Bamako en 2000 (à l'issue des travaux du Symposium international sur le bilan des pratiques de la démocratie, des droits et libertés dans l'espace francophone) ou encore par les ministres chargés de la Culture à Cotonou en 2001. Si la Déclaration de Bamako innove pour avoir été expressément consacrée à la notion de démocratie, celle du 7 février 2003 d'Abuja viendra s'articuler plus particulièrement autour de la primauté du droit, de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Fort de toutes ces dispositions constitutionnelles ou législatives, des règles édictées par les instances internationales et des nombreux discours d'hommes politiques allant dans le sens d'un renforcement de l'institution judiciaire pour une démocratie effective en Afrique, on est en droit de s'attendre à ce que les populations africaines, longtemps privées de moyens de protestation ou de contestation face à un pouvoir politique connu pour son omnipotence chronique, puissent enfin assister au renouveau du juge. L'indépendance du juge en Afrique n'est pas un vain mot. Elle se situe aujourd'hui et plus qu'avant, au carrefour des vifs débats touchant le processus actuel de démocratisation dans les pays africains. Elle doit cependant être appréhendée d'un triple point de vue : l'indépendance de la justice suppose d'abord que le juge soit à l'abri de l'influence ou de la domination des autres pouvoirs publics de l'Etat. Mais il faut admettre ensuite qu'elle doit être protégée des pressions provenant des partis politiques notamment de l'opposition, des syndicats et, de manière générale, de la société civile. Enfin, l'indépendance de la justice doit être envisagée dans son sens large : les déclarations de prin-

cipe ne suffisent pas ; encore faudrait-il que d'autres conditions matérielles, statutaires, financières etc. soient également remplies pour que le juge puisse en toute sérénité rendre la justice.

En matière d'organisation de la justice, les pays africains n'en sont pas à leurs débuts - contrairement aux pays de l'Est qui découvrent aujourd'hui les leurs des systèmes judiciaires libéraux, après avoir été victimes pendant très longtemps des pesanteurs ou influences du système de type soviétique. Les résultats ne sont pourtant pas à la hauteur des espérances : si dans certains pays une amélioration s'est effectivement fait sentir⁸, le constat fait par la doctrine d'aujourd'hui est que la justice en Afrique est en « panne ». Parmi les causes de l'inefficacité de l'appareil judiciaire en Afrique, l'ineffectivité de l'indépendance des juges semble être un des facteurs les plus déterminants. Les raisons de cette ineffectivité sont multiples, mais il est possible d'en dégager certaines dont des solutions à court ou moyen terme devraient être trouvées si l'on veut que le processus de démocratisation qui caractérise les régimes politiques africains aujourd'hui soit également encadré, accompagné par un appareil judiciaire crédible. L'indépendance de la justice en Afrique restera une utopie si ces réalités demeurent inchangées.

La troisième catégorie concerne les pays d'Europe de l'Est qui ont décidé d'adopter le modèle libéral occidental une fois qu'ils se sont débarrassés du système communiste, en vigueur avant la chute du mur de Berlin et l'implosion du bloc soviétique. Plusieurs réformes de la justice sont intervenues dans ces pays et ont introduit, dans la plupart des cas, les principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance de la justice dans les nouvelles institutions politiques. Dans ces pays, l'Etat de droit y a précédé la démocratie pluraliste, laquelle ne sera effective qu'à l'issue d'un processus plus ou moins long. Pour cette raison, il a été soutenu que cet Etat de droit, établi par la Constitution - donc par le « haut », - induit naturellement l'idée de garantie juridictionnelle. Les « nouveaux » juges ainsi impliqués, notamment les juges constitutionnels, représentent dorénavant, pour ces Etats comme pour les populations, l'espoir que la justice y sera exercée avec indépendance et impartialité, dans le respect du principe de la séparation des pouvoirs qui met en place un autre type de relations différent de celui de l'unité des pouvoirs que connaissaient ces régimes.

Mais il ne faut surtout pas négliger que cette nouvelle tâche du juge dans les pays d'Europe de l'Est, qualifiée par certains d' « historique », sera confrontée à des traditions et cultures politiques différentes et durablement ancrées dans les comportements de ces mêmes acteurs de l'appareil judiciaire.

Dans les pays d'Asie enfin – dernière catégorie d'Etats où l'on retrouve quelques pays francophones – le fait constitutionnel est très récent et sa tardiveté s'explique essentiellement par le maintien de traditions politiques où les rapports entre le droit et le

politique ont empêché l'émergence d'une tradition constitutionnelle. L'exemple du Viêt-Nam montre notamment combien l'influence persistante du modèle communiste soviétique est présente encore aujourd'hui dans les institutions du pays. La réforme constitutionnelle de 2002 n'a pas fondamentalement bouleversé l'édifice institutionnel mis en place par la Constitution de 1992. Il faut parler ici de continuité et non de rupture véritable avec le passé : « l'Etat de droit socialiste » y est toujours consacré⁹. Le pays s'est toutefois engagé dans un vaste programme de réformes des institutions judiciaires¹⁰ (dans le cadre d'une réforme plus large des institutions étatiques) mais pour l'heure, elles n'ont pas encore fourni à l'appareil judiciaire du pays, tous les principes garantissant une bonne administration de la justice et l'indépendance de la magistrature. Il faut cependant noter que si le principe de la séparation des pouvoirs, étranger à la conception étatique vietnamienne, n'est nulle part inscrit dans les institutions, le principe de l'indépendance du juge est largement affirmé. Il est d'abord contenu dans l'article 130 de la Constitution¹¹, mais il ne profite qu'aux juges et assesseurs et non aux membres du parquet.

Il est ensuite inscrit à l'article 5 de la Loi sur l'organisation judiciaire de 2 avril 2002 qui rappelle la même disposition constitutionnelle, et enfin à l'article 2 de l'Ordonnance du 14 mai 1994 sur le statut des juges et assesseurs populaires, qui dispose « qu'au cours du jugement, les juges et les assesseurs sont indépendants et n'obéissent qu'à la loi ». L'affirmation de ce principe d'indépendance dans les dispositions vietnamiennes ne suffit pas à mettre le juge à l'abri de contraintes que lui imposerait ce système unitaire, hiérarchisé et centralisé, les circonscriptions du pays étant toutes placées sous l'autorité du pouvoir central. Pour preuve, le Parti communiste du Viêt-Nam avait adopté le 2 janvier 2002 une résolution définissant les objectifs majeurs des réformes judiciaires parmi lesquels figurait « le renforcement de la direction du Parti à l'égard de la justice ».

Cette présentation de l'appareil judiciaire dans ces différentes catégories d'Etats et à partir de leur système institutionnel et politique respectif, montre la diversité des situations et interdit toute généralisation. Il ressort surtout de tout cela que le problème de l'indépendance de la justice est plus préoccupant dans les pays ayant encore une faible expérience démocratique qu'il ne l'est dans les Etats démocratiques occidentaux comme la Belgique, le Canada, la France ou la Suisse. Aussi, préférons-nous traiter de cette question de manière réaliste et pragmatique, en orientant l'essentiel de nos développements sur les problématiques que soulève l'indépendance de la justice dans cette majorité d'Etats en cours de démocratisation politique où les relations entre le juge et les pouvoirs publics notamment, s'inscrivent dans un rapport de forces d'une nature toute particulière. Cette démarche ne nous empêchera pas, bien évidemment, de traiter de quelques questions qui se rapporteraient, le cas échéant, aux problèmes que soulève l'indépendance du juge dans les pays occidentaux.

Notre travail porte sur les *menaces* internes à l'*indépendance du juge*. Tel que le thème est formulé, on devrait se situer à l'intérieur même de la juridiction où évolue le juge pour identifier, exposer et analyser les éléments qui seraient susceptibles de menacer son indépendance. Cela est bien sûr possible et le sujet est bienvenu car rares sont les travaux qui sont consacrés à cet aspect de l'indépendance du juge. Mais si l'on s'en tient de façon stricte, on méconnaîtrait le caractère complexe de l'appareil judiciaire où divers facteurs sont entremêlés ou inter liés de telle manière qu'un élément, supposé être à l'extérieur de la justice et n'ayant apparemment aucune incidence sur la marche de celle-ci, s'avèrera déterminant par la suite sur le fonctionnement de l'appareil judiciaire, et même plus encore sur l'indépendance du juge. Celle-ci se trouve en effet, au carrefour de plusieurs paramètres, pouvant aller de la simple autorité du chef hiérarchique de la juridiction à laquelle il appartient aux organes les plus importants de l'Etat, en passant par les syndicats ou des acteurs de la société civile. Cela est d'autant plus vrai que l'indépendance de la justice, impliquée par une séparation des pouvoirs (qui ne peut s'interpréter comme une rupture totale), ne signifie pas un isolement du juge vis-à-vis des autres institutions: indépendant doit être celui-ci, mais il doit continuer à exercer sa fonction essentielle qui est celle de juger et qui est l'une des trois fonctions de l'Etat.

Il est reconnu que l'indépendance du juge n'est pas une fin en soi ; elle est plutôt un moyen par lequel on parviendrait à une « bonne justice », c'est-à-dire une justice impartiale qui assurerait une égalité de tous les justiciables devant la loi. Cette notion d'indépendance a fait l'objet de nombreuses tentatives de définitions dont le mérite est de chercher à déterminer le sens et la portée, et dont il faut admettre la complexité malgré son apparente simplicité. La place que l'on a voulu assigner à la justice et l'évolution que celle-ci a suivie par la suite dans l'organisation et le fonctionnement de l'Etat, à côté d'autres organes constitués, ne sont pas étrangères à cette complexité

Dans sa plus simple expression, le principe d'indépendance signifie que le juge est séparé de l'exécutif comme du législatif, en ce sens qu'il dit le droit et applique la loi, sans en référer à l'un ou à l'autre de ces deux autres organes constitutionnels, ou à aucune autre instance ou élément extérieur à l'institution judiciaire, ni subir leur influence ou leur pression lorsqu'il rend la justice à l'occasion des conflits qu'il tranche, ou lorsqu'il prend des sanctions prévues par la loi pour les délits et les crimes commis. C'est le sens général que l'on peut donner au principe de l'indépendance de la justice, en sachant qu'une telle définition n'épouse pas l'ensemble des éléments que recouvre ce principe aux contours encore imprécis.

Dans certains Etats, l'avènement du principe est le résultat de toute une évolution institutionnelle et politique¹², alors qu'il est transposé dans d'autres pays du fait de l'héritage colonial¹³, ou par un phénomène de mimétisme¹⁴. Ailleurs, c'est l'influence

anglo-saxonne qui a été déterminante¹⁵, à moins qu'il ne s'agisse d'un apport d'expériences étrangères et multiples¹⁶. Cette affirmation du principe d'indépendance découle de la logique même de la séparation des pouvoirs que l'on retrouve également dans les Constitutions de nombreux Etats.

Sa définition n'est pourtant pratiquement jamais formulée dans les textes constitutionnels, législatifs ou réglementaires¹⁷. Cela n'est guère surprenant car si le problème de l'indépendance du juge se pose dans tous les Etats et tous les systèmes judiciaires qui se réclament de la démocratie, il a cette particularité d'être à la lisière de la justice et du politique. Ainsi, son degré d'effectivité dépend-t-elle très étroitement de celui de la démocratisation du système politique considéré et de l'existence ou non d'un Etat de droit¹⁸. L'on comprend dès lors que l'indépendance de la justice ne puisse ni se poser, ni se réaliser dans les mêmes termes partout. Mais si les textes n'ont généralement pas donné de définition à ce principe d'indépendance, les Etats l'ont pratiquement consacré dans l'organisation de leur justice, en rapport avec les autres organes étatiques. Dans plusieurs de ces pays, le principe est expressément inscrit soit directement dans la Constitution, soit dans la loi organique portant sur le statut de la magistrature, soit dans d'autres lois organiques organisant la profession judiciaire comme celle des Cours constitutionnelles. Celles-ci occupent par ailleurs une place importante dans la Constitution de la majorité des pays ayant répondu au questionnaire, où un chapitre entier leur a été consacré dans l'ordre constitutionnel¹⁹. Du coup, elles ne sont pas partie intégrante du pouvoir judiciaire²⁰, sauf pour certaines d'entre elles²¹.

Dans de telles conditions, autant dire que l'indépendance du juge, pour avoir un sens, a plus que jamais besoin de garanties organisées au sein de l'institution judiciaire qui en assurera la protection, après le Chef de l'Etat, garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire suivant par exemple le cas français.

Toutefois, le juge et la justice, dans les systèmes politiques d'aujourd'hui, ne sont plus perçus de la même façon qu'auparavant. Un phénomène apparu il y a quelques années dans les pays occidentaux démocratiques notamment – qui se développe de plus en plus et qui, dans un avenir plus ou moins proche, concernera certainement les pays en voie de démocratisation – vient favoriser de façon extraordinaire, l'ascension du juge dans la hiérarchie des pouvoirs, modifiant du coup la perception que l'on se faisait de lui et surtout de ses fonctions : la juridisation de la société. Elle se manifeste par l'appropriation par le Droit des domaines naguère accaparés par le politique pour ne pas dire par les hommes politiques.

Ce mouvement du « Politique » rattrapé par le « Droit »²² va bouleverser les fron-

tières matérielles et les sphères respectives d'intervention classique des membres de l'exécutif et de l'organe judiciaire. Ce phénomène est dû à la transformation de la société, devenue exigeante en matière de gestion des affaires publiques et sur les questions touchant aux droits de l'homme. Le juge apparait dorénavant, et de plus en plus, comme à la fois l'arbitre entre les pouvoirs publics (le juge constitutionnel par exemple) et l'autorité de sanction (magistrat ou juge administratif) à leur encontre en cas de manquement aux « devoirs » et aux « obligations » dans le cadre de leurs activités d'intérêt général, et sous le regard attentif des citoyens constamment informés par les médias. Le juge ne se limite plus à l'exécution de loi, ni ne se présente comme un simple gardien de la liberté individuelle ; il semble devenir cette autorité que les médias mettent à la une à chaque fois qu'une affaire le transforme en spécialiste de la médecine (problème de l'euthanasie) d'histoire (affaire Papon), des finances (affaire Elf) ou d'agronomie (les Organismes Génétiquement Modifiés et le procès Bové) etc. Autant de domaines de la vie quotidienne presque complètement étrangers au juge dans le passé, mais qui aujourd'hui témoignent de la hardiesse et de la témérité du magistrat qui n'hésite pas à mettre en examen n'importe quelle personnalité dans n'importe quel domaine, pour exercer la justice telle que définie par la loi.

Apparait ainsi dans nos démocraties, un juge quelque peu adulé et légitimé, ce qui n'est pas sans entraîner des complications dans la hiérarchie classique entre ces pouvoirs. La première des interrogations que suscite cette tendance du juge à se « dresser » contre les autres organes concerne sa propre légitimité par rapport à la leur, dès lors qu'il s'érige, presque naturellement, en une sorte de « gouvernement des juges », ce fait tant redouté en France... Autrement dit, l'on est en droit avec la doctrine²³, de se poser la question de savoir s'il ne faut pas identifier cette « légitimité plurielle » du juge que cette même doctrine a cru déceler dans nos sociétés modernes à partir du moment où le suffrage populaire ne se présente plus comme la seule légitimité²⁴. Nous n'insisterons pas davantage sur ce réel phénomène qui certes mériterait des analyses plus approfondies, sauf à dire qu'il ne nous paraît plus judicieux, ni réaliste de traiter aujourd'hui des questions liées à l'indépendance du juge et de la justice sans les replacer dans ce nouveau contexte de juridisation du politique, dans le cadre plus général de la démocratisation des systèmes politiques.

Cela nous amène à dire encore une fois, que les menaces internes à l'indépendance de la justice ne sont pas toujours et nécessairement à l'intérieur de l'appareil judiciaire ; elles peuvent également provenir de l'extérieur de manière plus insidieuse. Dans tous les cas, elles existent et semblent prendre de l'ampleur du fait même de l'ascension du juge et, parallèlement, des crises que connaissent les autres pouvoirs constitués, en particulier le pouvoir exécutif. Nous tenterons de les identifier dans l'organisation (I) et dans

le fonctionnement (II) de l'appareil judiciaire.

I - Les menaces internes portées à l'indépendance du juge dans l'organisation de la justice

Les premières menaces internes qui risquent de porter atteinte à l'indépendance du juge sont celles qui proviendraient du statut qui organise sa carrière. Ce statut est organisé de manière unilatérale par les textes de loi dans tous les pays où la profession de juger est institutionnalisée. Il s'agit donc d'un domaine où la négociation entre le futur magistrat et l'administration qui fixe les conditions de recrutement n'est pas prévue et cela n'est que pure logique. On imagine mal qu'un magistrat (et de manière plus générale un fonctionnaire) vienne « discuter » des conditions d'exercice de sa fonction de juger avec les pouvoirs publics avant d'exercer sa profession. Comme pour les fonctionnaires, le recrutement constitue une « réquisition », et même si celle-ci est « consentie » (le candidat se présente au concours en toute connaissance de cause), elle transforme les agents de l'Etat en « agents du gouvernement »²⁵. Mais ce caractère unilatéral du recrutement ne veut pas dire autoritarisme : les candidats à la fonction de juger dans un Etat démocratique savent qu'une fois recrutés, ils bénéficieront a priori de garanties suffisantes pour exercer leur profession en toute indépendance. En effet, celle-ci est préservée grâce à leur statut contenant des garanties structurelles liées à l'organisation de l'appareil judiciaire et des garanties formelles d'ordre matériel qui leur permettent d'exercer leur profession à l'abri de toute dépendance. Les principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance du juge veulent que celui-ci ne soit soumis à aucune pression, ni contrainte ou influence de quelque organe ou individu que ce soit. Il apparaît toutefois que le juge est souvent mis en « sarcophage » par ce statut et du coup, son indépendance théoriquement affirmée, s'en trouve bien amoindrie. L'importance de ces atteintes aux garanties statutaires accordées au juge varie bien évidemment selon les pays.

A – *Les limites statutaires*

Elles peuvent provenir de l'organisation hiérarchique de l'appareil judiciaire, mais aussi des règles statutaires proprement dites.

1 – *Les pesanteurs hiérarchiques*

Il peut paraître curieux et même paradoxal d'évoquer la notion de hiérarchie en matière de justice dès lors qu'elle implique une idée de subordination qu'il est difficile de concevoir dans ce domaine. Il faut cependant accepter l'idée que la justice, en tant que service public, est également concernée par la hiérarchie. L'organisation hiérarchique

permet non seulement de structurer le corps judiciaire, mais elle protège le citoyen contre l'arbitraire grâce au recours qu'il pourra éventuellement exercer lorsqu'il fait l'objet d'une décision de justice qui ne lui donne pas satisfaction

Ce principe de hiérarchie touche à la fois les magistrats (qui forment ainsi un corps hiérarchisé) et les juridictions ; il permet de situer les responsabilités et donne une certaine cohésion au corps judiciaire. En matière de justice toutefois, cette hiérarchie est particulière et n'entraîne pas une dépendance du juge à l'égard de ses supérieurs ou de sa juridiction lorsqu'il s'agit des juges du siège. Tel n'est pas le cas pour les magistrats du parquet qui obéissent à d'autres règles à ce sujet.

La hiérarchie au sein des juridictions ne soulève pas de problèmes particuliers. Le principe du double degré de juridiction par exemple en France, est destiné à rendre une meilleure justice en permettant au requérant qui n'est pas satisfait de la décision rendue par la première juridiction, de saisir la juridiction hiérarchiquement supérieure. Et si celle-ci devait rendre une décision contraire, cela ne constituerait pas une atteinte à l'autonomie de la décision de la juridiction inférieure dès lors que chaque juridiction est libre de statuer comme elle l'entend et quelle que soit sa place dans la hiérarchie.

En revanche, la hiérarchie entre les personnes crée des rapports plus complexes et soulève plus de questions quant à l'indépendance du magistrat. D'abord, ce pouvoir hiérarchique ne concerne nullement la prise de décision ; celle-ci relève de la seule conscience de chaque juge qui n'a de compte à rendre ni à son chef de juridiction, ni à qui ce soit. Cela dit, les chefs de juridictions sont investis de pouvoirs administratifs qui peuvent constituer des menaces à l'indépendance du juge s'ils ne sont pas limités aux nécessités du service. Il leur revient en effet le pouvoir de réglementer l'organisation des audiences, de pourvoir aux affectations et d'évaluer l'activité professionnelle de magistrats placés sous leur autorité (élément important pour leur avancement). Même si des garanties entourent ces pouvoirs pour éviter tout arbitraire de leur part, le juge n'est pas à l'abri de pressions ou de sanctions de la part de ses supérieurs hiérarchiques, si les rapports qui les lient dans le service ne sont pas d'une parfaite sérénité.

La situation est toute différente pour les magistrats du parquet qui sont dans un véritable lien de dépendance vis-à-vis de leurs autorités hiérarchiques, même dans leur prise de décision, à l'opposé des magistrats du siège²⁶. Ainsi en France par exemple, « les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice »²⁷. Cette disposition a été généralement reprise par la majorité des pays africains et a entraîné de nombreuses controverses et critiques. Elle reste en effet au cœur des préoccupations actuelles sur l'indépendance de la justice, certains souhaitant une totale rupture entre le parquet et le gouvernement. L'opinion publique ne comprend pas toujours cette possi-

bilité laissée au ministre de la justice de donner des instructions à un « magistrat », notamment lorsque des personnalités politiques sont mêlées à des « affaires » révélées au grand public par les médias. Une suspicion est vite née dans l'opinion publique lorsque le ministre, évoquant le principe de l'opportunité des poursuites, demande au parquet des « classements sans suite » de ces affaires.

2 – Les restrictions relevant directement des règles statutaires

A l'observation des textes relatifs au statut du juge dans la quasi-totalité des pays étudiés, il apparaît que les magistrats n'échappent pas totalement à l'emprise directe ou indirecte des autorités politiques. Presque partout, le juge est sous le contrôle d'un Conseil National de la Magistrature, présidé par le Chef de l'Etat. La fonction principale de ce Conseil est de garantir le respect des règles de fonctionnement du service public de la justice et la protection des magistrats contre les éventuelles pressions du pouvoir politique. C'est dans cet esprit que l'indépendance des magistrats et leur inamovibilité constituent des principes qui leur ont été reconnus comme une garantie pour une bonne administration de la justice. Pourtant, les observateurs sont unanimes pour constater l'existence de dysfonctionnements au sein de cet important organe qui ne cesse de susciter débats et projets de réforme.

a- Le Conseil Supérieur de la Magistrature et l'indépendance du juge

Dans beaucoup de pays ayant en commun l'usage de la langue française, existe un Conseil Supérieur de la Magistrature qui vient assister le Président de la République garant de l'indépendance de la justice²⁸. Ces Conseils n'ont pas toujours fait l'objet de commentaires élogieux. En France, de nombreux conflits sont intervenus au fil des ans entre le Conseil et le gouvernement, notamment en matière de notation et d'avancement des magistrats. L'ascension du juge depuis quelques années par ce phénomène de ju n'a pas aidé à calmer les esprits. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre les propos du Garde des Sceaux Dominique Perben qui avait fait comprendre lors de la présentation de ses orientations politiques, qu'il souhaiterait que la Chancellerie puisse avoir la possibilité de contourner les avis du Conseil Supérieur de la Magistrature en ce qui concerne les sanctions disciplinaires des magistrats du parquet. Ce Conseil appelle aujourd'hui d'autres réformes qui ne sauraient certainement tarder.

En Afrique, les magistrats ne cessent de dénoncer les dysfonctionnements, tant au sujet des nominations qu'au niveau des sanctions prises à leur encontre dans le cadre de procédures disciplinaires. La notation, les nominations et autres promotions, dans bon nombre de ces pays, sont loin d'être transparentes et ne semblent obéir à aucun critère précis et objectif. Dans de certains pays africains, des textes ont expressément organisé des moyens destinés à contourner ce principe d'inamovibilité (Sénégal, Burkina-Faso,

Guinée...). Le constat fait dans le passé concernant l'emprise du Conseil National de la Magistrature reste le même et les magistrats semblent être encore sous le contrôle de cet organe, hérité du système français, qui fait l'objet de beaucoup de critiques et de réticences²⁹.

Les divers Conseils supérieurs de la Magistrature sont généralement suspectés de connivence avec le pouvoir en place et ne disposent, le plus souvent, d'aucune crédibilité, aussi bien au sein de la magistrature elle-même qu'auprès des populations de plus en plus attentives aux décisions rendues par la justice de leurs pays. Dans la majorité des Etats, le Conseil de la magistrature dont la mission essentielle et première est d'assurer le bon fonctionnement du service public de la justice et la garantie de l'indépendance des magistrats, est présidé par le Président de la République. Dans certains pays, le Conseil est composé de membres de droit (au Sénégal par exemple, il s'agit, selon l'article 2 de la loi organique n° 92-26 du 30 mai 1992, du Président du Conseil d'Etat, du Premier Président de la Cour de cassation et du Procureur Général près la Cour de cassation, des Premiers Présidents des Cours d'Appel et des Procureurs généraux de ces Cours) et des membres élus (au nombre de six au Sénégal : trois titulaires et trois suppléants élus par leurs pairs parmi les magistrats, aux termes de l'article 3 de la même loi organique), alors que dans d'autres pays comme la Guinée, le ministre de la justice, Vice-président du conseil, ainsi que les cinq autres membres sont nommés par le Président de la République.

Les magistrats africains se retrouvent ainsi dans une situation de dépendance vis-à-vis de cette Haute autorité. Même en l'absence du Président de la République ou du ministre de la justice en tant que Vice-président, le Conseil de la Magistrature semble garder toute son influence sur le corps judiciaire. Il n'est pas exclu qu'il en soit de même dans les pays où cet organe a fait l'objet de réformes destinées probablement à atténuer la présence excessive des plus hautes autorités de l'Etat dans ce Conseil. En effet, le Conseil de la Magistrature au Togo est désormais présidé par le Président de la Cour suprême ; au Mali, c'est aussi le Président de la Cour suprême qui préside le Conseil lorsque la poursuite concerne un magistrat du siège, et par le Procureur général près la Cour suprême s'il s'agit d'une incrimination dirigée contre un magistrat du parquet. Au Bénin, le Président de la Cour suprême est venu remplacer le ministre Garde des sceaux au poste de Vice-président.

Ces modifications sont mineures et ne semblent pas affecter de manière décisive l'influence directe ou indirecte du pouvoir politique sur le fonctionnement de la justice, l'indépendance ou la carrière des magistrats à travers le Conseil de la magistrature. Il ne serait pas exagéré de penser que la nomination ou le recrutement de ces magistrats reste sous le contrôle des hommes politiques qui voudraient s'assurer avant tout, que les hommes installés à ces postes leur seraient acquis ou ne manifesteraient aucune hostilité

à leur égard. A ce sujet, la transparence n'est pas de rigueur dans les juridictions africaines à propos de la notation, des nominations ou promotions des magistrats. Au Burkina Faso, la doctrine a fait remarquer que le Conseil National de la Magistrature a longtemps été exclu de l'examen des questions concernant l'indépendance ou l'inamovibilité des magistrats. Des réformes sont en cours dans ce pays, mais il est peu probable que le fonctionnement de cet organe fasse l'objet de modifications susceptibles d'introduire suffisamment de transparence dans la gestion de la carrière des magistrats.

b- Les restrictions au principe d'inamovibilité

En Afrique, la réalité que traduisent les Conseils de magistrature dans leur composition comme dans leur fonctionnement, ne favorise pas les principes d'indépendance et d'inamovibilité solennellement inscrits dans les textes. Cela est d'autant plus paradoxal que les atteintes à ces principes ont été aménagées par les textes juridiques eux-mêmes³⁰. Ainsi au Sénégal (mais c'est le cas dans la majorité de ces pays), le principe d'inamovibilité est mis en échec par l'article 5 de la loi organique portant statut des magistrats³¹. Il permet à l'exécutif d'arguer des « nécessités du service » pour neutraliser les juges opposés au dictat du pouvoir politique. Ainsi, il peut procéder, avec l'accord du Conseil supérieur de la Magistrature, à des déplacements de magistrats sans avoir besoin de solliciter leur accord, et surtout sans que cela ne soit objectivement commandé par les impératifs du service. Cette entorse au principe d'inamovibilité est par ailleurs doublée d'une autre : l'article 68, alinéa 2 de la loi organique sur le statut des magistrats permet d'assurer l'intérim si le nombre de magistrats disponibles dans la juridiction est insuffisant.

De telles dispositions ne sont pas propres au seul cas sénégalais. On les retrouve également en Mauritanie par exemple, au Bénin ou encore au Burkina Faso pour ne citer que ces quelques exemples. Au Burundi, le Conseil Supérieur de la Magistrature est resté longtemps inféodé au pouvoir politique en place. Resté pratiquement inactif pendant une très longue période, il ne s'est semble-t-il réuni en assemblée qu'en novembre 2004 pour dresser le bilan du fonctionnement de la justice dans le pays.

Ces atteintes aux principes d'indépendance et d'inamovibilité sont régulièrement dénoncées par les magistrats, tant au niveau des nominations qu'au sujet des sanctions prises à l'encontre des juges, notamment dans le cadre des procédures disciplinaires. La déclaration et le plan d'action du Caire adoptés en 1995 incitent pourtant les Etats francophones à éliminer « toute entrave à l'indépendance des magistrats, premiers garants d'une Justice accessible et efficace, en leur assurant les moyens statutaires et matériels nécessaires à l'exercice de leurs fonctions... ». Le Conseil d'Etat sénégalais est allé dans ce sens en annulant pour illégalité (méconnaissance du principe d'inamovibilité des magistrats) deux décrets présidentiels qui avaient procédé à des affectations/sanctions de ma-

gistrats à leur insu. La Cour constitutionnelle béninoise a également affirmé avec force la nécessité de respecter le principe d'indépendance de la justice dans des affaires où le pouvoir politique tentait de contenir l'appareil judiciaire. La Cour précisa en effet que « le respect du principe de l'inamovibilité exige que le magistrat ait été individuellement consulté à la fois sur les nouvelles fonctions qui lui sont proposées et les lieux précis où il est appelé à les exercer... Les éléments de cette consultation constituent les conditions de la procédure minimale exigée pour la garantie de l'indépendance des magistrats du siège »³². Le Conseil constitutionnel sénégalais n'avait pas hésité auparavant à annuler une loi organique pour inconstitutionnalité dès lors qu'elle violait entre autres, le pouvoir d'indépendance du pouvoir judiciaire³³.

Ces décisions jurisprudentielles ne sont pas récentes, mais elles ont fait dire à la doctrine africaine que l'on est en train d'assister à la « résurrection de la justice constitutionnelle » ; elles ne semblent pas remises en cause aujourd'hui, mais elles sont assez isolées dans les pays francophones d'Afrique y compris ces dernières années. Aussi la doctrine invite-t-elle de tous ses vœux le législateur africain à procéder à des réformes textuelles substantielles pour que les magistrats soient à l'abri de l'influence de l'exécutif. Ces réformes s'imposent, d'autant plus qu'à cette violation chronique du principe d'indépendance de la justice et de celui de la séparation des pouvoirs, s'ajoute une ingérence aussi néfaste que réelle du pouvoir politique dans l'exercice de la justice et largement constatée et dénoncée.

Le système français n'est pas non plus à l'abri de telles atteintes au principe d'inamovibilité. Certes le magistrat y est aussi protégé – certainement mieux que dans nombre de pays –, contre les déplacements, les suspensions, les révocations arbitraires³⁴, mais ces dispositions souffrent aussi de quelques atténuations compte tenu des exigences du service public. D'abord, comme tout individu, les magistrats peuvent être victimes de maladie, et comme tout travailleur, ils ont droit à des congés et les femmes, à des congés de maternité. Ces interruptions de travail ont amené le législateur à adopter une loi organique pour organiser le remplacement de ces juges momentanément empêchés et le système a été progressivement élargi par les lois organiques du 19 janvier 1995 et 30 mai 2001. A cela, il faut ajouter la possibilité discrétionnaire des chefs de Cour d'appel de procéder à un système de « délégation de magistrat » sur un autre poste³⁵.

Autant d'hypothèses qui peuvent porter atteinte au principe d'inamovibilité du juge français dès lors qu'il s'agit de moyens à la disposition du gouvernement qui peut les utiliser dans un esprit différent de celui pour lequel ils ont été envisagés, ce qui bien évidemment atténuerait « illégalement » la portée de l'indépendance du magistrat. Pour pallier ce risque, la doctrine a proposé l'adoption d'un principe d'inamovibilité « temporaire » où une durée de la fonction de juge à tel ou tel poste est déterminée à l'avance. Si à la date d'entrée de cette fonction, le magistrat concerné sait qu'il ne peut dépasser cette durée, il n'y aura pas d'atteinte à son indépendance. La loi organique du 30 mai 2001 est allée dans ce sens en limitant à sept ans l'exercice des fonctions de président ou

de procureur de la République dans un même tribunal.

c- Recrutement et carrière du magistrat

Le magistrat, comme tout agent de l'Etat, est soucieux de poursuivre une bonne carrière dans sa profession sans se préoccuper d'autres questions que celles liées à la nature et à l'exercice de son activité. Parler de menaces au sujet de la carrière du juge paraîtrait contradictoire avec l'idée d'indépendance du magistrat affirmée directement ou indirectement par les textes des pays étudiés. Pourtant, un juge qui ferait preuve d'une très grande indépendance aux yeux de son chef hiérarchique, ou à l'égard des autorités exécutives ou politiques en place, pourrait voir sa carrière menacée et son indépendance bien amoindrie. Les magistrats sont plus ou moins attentifs à la perspective d'un avancement dans leur carrière avec les garanties dont ils bénéficient à cet effet et sont donc bien conscients qu'ils ne sont pas à l'abri de sanctions. Cette menace sur leur indépendance et leur intégrité est présente tout au long de leur carrière³⁶, du recrutement à la cessation de leur fonction, qu'il s'agisse des magistrats du siège, du parquet ou des juges administratifs lorsqu'ils existent.

Le recrutement en lui-même ne pose pas de problèmes particuliers en soi, s'agissant des atteintes à l'indépendance du juge. Toutefois, il faut distinguer les situations selon le mode de recrutement qui peut se faire soit par voie de concours³⁷, soit sur titre³⁸ ou les deux à la fois³⁹. Au stade de l'intégration dans la carrière judiciaire par voie de concours, les risques d'atteinte à l'indépendance du juge n'existent pas ou ne sont pas facilement identifiables. Dans tous les cas, les conditions du concours sont connues du public et on verrait mal un pouvoir politique afficher dès cette première phase son intention de soumettre les futurs magistrats à sa domination.

En revanche, le rejet des candidatures pour des raisons autres que celles liées au service public – définies et encadrées par la loi - et destiné à écarter des candidats pour leur loyauté, leur dévouement ou pour leur opposition - notamment idéologique⁴⁰ - au régime en place constituerait à coup sûr, ce que nous qualifierons d'atteinte anticipée à l'indépendance du juge. Ce risque existe partout, plus particulièrement dans les pays où le recrutement se fait sur titre. Il est encore aujourd'hui plus plausible dans les pays d'Europe de l'Est récemment séduits par le modèle occidental.

En effet, les récentes études sur l'indépendance et le recrutement des magistrats dans ces pays de l'Est, quel que soit le mode de leur désignation ou de nomination, ne sont guère optimistes quant à la disparition rapide de telles pratiques. L'une de ces études a porté plus particulièrement sur les réformes de la justice dans les pays de l'Est membres (ou associés) de la Francophonie⁴¹. L'auteur y décrit une situation très embryonnaire et encore balbutiante en matière d'organisation judiciaire dans ces Etats. Une situation

qui résulte du fait que ces Etats postcommunistes ont hérité du système judiciaire soviétique, et si les réformes entamées aujourd'hui portent à la fois sur les structures et la formation du personnel de l'appareil judiciaire, le poids de la culture juridique antérieure est encore bien présent dans l'organisation et le fonctionnement de la justice. On le sait, à l'époque communiste, le système judiciaire était complètement dominé et contrôlé par le pouvoir politique, c'est-à-dire par le parti communiste. L'étude précitée de Monsieur Frison-Roche a également montré que l'ensemble des acteurs politiques de la transition, qu'il s'agisse des communistes ou de leurs adversaires, avait la crainte que les futures élections ou alternances politiques « amènent au pouvoir un parti hégémonique (de droite ou de gauche) qui profiterait de ce lien de dépendance pour (re)utiliser le système judiciaire à l'encontre de ses adversaires politiques ». Aussi, ont-ils tous créé - pour pallier ce risque - un organe spécialisé auquel il a été confié la gestion du « pouvoir judiciaire » - lequel devait être indépendant des autres pouvoirs, plus particulièrement du pouvoir politique en place - et l'organisation « du bon fonctionnement de la justice en dehors de toute ingérence d'où qu'elle vienne »⁴². Les nominations de magistrats dans certains de ces pays de l'Europe de l'Est, membres ou associés à la Francophonie, n'étaient pas, semble-t-il, d'une grande transparence. L'Union européenne - ayant certainement eu des doutes sur l'objectivité de certaines nominations - a exigé l'organisation de concours préalables à toute nomination de magistrats, ce qui a amené certains de ces pays à changer d'attitude

Certes la question de l'indépendance dans ces pays rencontre les mêmes problèmes qu'ailleurs. Seulement, l'introduction récente d'un nouvel idéal de justice et les réformes judiciaires qui en ont découlé - avec notamment l'apparition de juridictions administratives dans certains de ces pays en vue de contrôler la légalité de l'action administrative et celle des actes administratifs⁴³ - donnent à cette question une dimension toute particulière dans les systèmes postes-communistes encore marqués par les séquelles d'une culture et d'une pratique communiste durant l'ère soviétique. L'indépendance sera difficile à conquérir car les résistances persistent et semblent y être encore plus fortes qu'ailleurs⁴⁴. A titre d'exemple, en Pologne sous l'ancien régime, l'indépendance des juges n'était pas organisée en dehors de « la protection du régime de la République de la Pologne ». Ainsi, il n'y avait pas à l'époque d'incompatibilité entre la fonction de juge et le mandat parlementaire, raison pour laquelle, le président de la Haute Cour administrative du pays avait conservé son mandat parlementaire et le poste de président de la Commission des lois de la Diète jusqu'en 1981, date à laquelle il est devenu ministre de la justice. Doit-on s'attendre à ce que cette conception de gouverner disparaisse du jour au lendemain ? La volonté affichée par les nouveaux gouvernants de modifier le fonctionnement institutionnel de ces pays nous permet d'être optimiste, mais les résistances ne manqueront pas de se manifester.

Ceux sont donc des Etats qui vivent encore une période de transition démocratique⁴⁵,

où règne particulièrement une certaine incertitude, avec des compromis politiques qui ne permettent pas pour l'heure, d'aboutir à de véritables réformes. Si des organes spécialisés ont été créés dans tous ces Etats pour s'occuper du pouvoir judiciaire et s'ils ont tous été dotés de pouvoirs importants, les principes proclamés tels que la séparation des pouvoirs et l'indépendance de la justice, n'ont pas fait l'objet d'une application exemplaire⁴⁶. Dans un tel contexte, on imagine aisément que si le statut des magistrats est organisé dans toutes les Constitutions de ces pays, dans la pratique les principes d'indépendance et d'inamovibilité n'ont pas toujours l'effectivité espérée. La carrière des magistrats est gérée par les Conseils de chacun de ces pays qui se chargent de proposer au président de la République ou au parlement la nomination des juges.

Bien évidemment, comme partout ailleurs, l'indépendance de la justice est une quête permanente dont le processus peut être plus ou moins long selon le cas. On ne doute pas que ces pays – à qui l'Union européenne apporte une aide matérielle et financière, ainsi qu'un appui d'experts pour la réalisation de telles réformes – pourront, progressivement mais sûrement, s'assurer que la séparation des pouvoirs et l'indépendance des magistrats et de la justice seront effectives.

Les quelques décisions jurisprudentielles dont nous disposons concernant ces membres (ou associés) de la francophonie des pays de l'Est⁴⁷, semblent aller dans ce sens. En Albanie⁴⁸, en Bulgarie⁴⁹, en Macédoine⁵⁰ et en Roumanie⁵¹, une jurisprudence encourageante montre que des mutations sont en train de se produire dans ces pays quant à la protection des principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance de la justice

Cela dit et pour revenir sur l'ensemble des pays francophones, les règles liées à l'avancement ont été fixées par les textes dans tous les pays ayant en commun l'usage de la langue française, mais les situations sont extrêmement variées. Dans la pratique, les difficultés apparaissent et montrent que le juge n'a pas toutes les garanties nécessaires à sa fonction et à son indépendance. La situation la plus révélatrice de cette perte d'indépendance est celle décrite en Haïti⁵². Au Sénégal, la doctrine n'a pas non plus manqué de formuler des réserves sur les garanties accordées au juge ; le fonctionnement du Conseil Supérieur de la Magistrature y est fort critiqué par les magistrats en matière de nomination et de promotion « qui ne se feraient pas selon des critères objectifs »⁵³. Mais c'est surtout la notation des magistrats qui fait l'objet de plus de suspicion parce qu'elle ne se faisait pas, semble-t-il, « dans les meilleures conditions ». En France, des interrogations ont été également émises à ce sujet.

Le terme même de « notation » qui cache mal un caractère trop discrétionnaire et le risque d'un arbitraire de la part de l'autorité hiérarchique, a amené le législateur français à le remplacer par « l'évaluation de l'activité professionnelle de chaque magistrat »⁵⁴. C'est pour les mêmes raisons, toujours en France, qu'on a remanié ce système né en 1906

par un décret du 7 juin 1993 pour introduire une plus grande transparence⁵⁵.

Concernant la cessation des fonctions, l'indépendance des juges semble pas généralement protégée. Elle est fonction de l'âge de la retraite, mais le juge peut être révoqué pour insuffisance ou faute professionnelle. La situation en Haïti à ce sujet devrait être exceptionnelle⁵⁶

II - Les atteintes internes portées à l'indépendance du juge dans le fonctionnement de l'appareil judiciaire

La première limite interne à l'indépendance du juge et des juridictions que l'on ne souligne pas assez souvent, mais qui est tout aussi réelle et importante que les autres, est d'ordre financier et matériel. S'y ajoutent d'autres facteurs qui matériellement proviennent de l'extérieur de l'appareil judiciaire, mais qui de manière latente et insidieuse, peuvent être en définitive perçus comme des menaces internes.

A. Crise financière et indépendance du juge

En ce qui concerne d'abord les moyens accordés aux juridictions, les études généralement faites sur leurs conditions matérielles et financières, notamment dans les pays africains, ont montré des insuffisances notoires pouvant affecter l'exercice d'une « bonne justice » et au-delà, entraîner une incapacité du juge à bien mener sa tâche⁵⁷. Une perte de crédibilité auprès des justiciables et de son indépendance vis-à-vis des autres pouvoirs de l'Etat peut en résulter.

Il a été noté, lors des rencontres précédentes entre les pays francophones sur les questions liées à la justice, que toutes les Cours constitutionnelles ont établi un lien direct entre indépendance et autonomie budgétaire. Or, seules quelques juridictions parmi elles étaient globalement satisfaites des conditions financières et matérielles dans lesquelles elles se trouvaient. Ce sont les Cours qui bénéficient d'une véritable autonomie budgétaire⁵⁸. Une situation dans laquelle ne se trouve pas la majorité des autres Cours dont le budget est dans la plupart des cas fonction des disponibilités financières de l'Etat ; parfois il est le résultat d'une difficile négociation entre le gouvernement et l'Assemblée nationale avant son adoption. Dans certains pays, le budget alloué à la justice est le plus faible parmi les budgets de l'Etat⁵⁹. On peut imaginer la situation des juridictions inférieures et surtout celles éloignées de la capitale du pays et des grandes villes.

En quoi la séparation des pouvoirs et l'indépendance de la justice peuvent-elles avoir un lien quelconque avec les conditions matérielles et financières de la justice si ce n'est qu'aucune juridiction, ni aucun magistrat, ne pourrait appliquer sereinement la justice s'il ne dispose pas d'un minimum de moyens ? Force est de reconnaître que dans

tous les Etats francophones d'Afrique, ces moyens manquent de manière cruciale. Le budget alloué au ministère de la justice ne dépasse généralement pas 1% du budget national. Il s'ensuit un manque considérable de moyens matériels : les bureaux sont insuffisants, exigus et vétustes, les machines à écrire ne sont guère en nombre suffisant pour permettre la rédaction rapide des jugements et autres actes liés aux décisions de justice, ce qui contribue largement à la lenteur chronique de la justice et les conséquences qui s'ensuivent quant à l'exigence d'un « délai raisonnable » pour les jugements.

Ensuite, c'est la situation financière et matérielle même des magistrats qui ne leur épargne pas d'éventuelles pressions. Ils reçoivent une rémunération souvent très faible pour la fonction qu'ils occupent, même si l'on note, dans certains pays, un effort des pouvoirs publics pour améliorer leur situation⁶⁰. La faible rémunération des magistrats en Afrique les met dans une situation de précarité telle qu'ils jouissent de moins en moins de la « notabilité » auprès de ceux qui les saisiraient éventuellement pour rendre la justice ou de ceux qu'ils auraient condamnés. Peut-on vraiment concevoir qu'un juge vienne partager le même autobus (n'ayant à sa disposition aucun autre moyen de transport) avec un prévenu qu'il vient de condamner, même d'une peine légère ? La situation est pourtant courante dans certains pays d'Afrique. En dehors des risques d'agression, un tel juge bénéficiera difficilement de toute l'autorité nécessaire dont il aura besoin pour exercer en toute indépendance sa profession. A ces problèmes, s'ajoutent un manque de personnel et un déficit en matière de formation, d'information et de documentation.

B- Fonctionnement de la justice et exercice de la fonction de juger : la responsabilité du juge et des pouvoirs publics

Lorsque nous avons traité de la question hiérarchique dans les rapports liant le juge à ses supérieurs, nous avons rappelé que la décision que celui-ci est appelé à prendre à propos d'un litige qu'il a la charge de trancher ne peut relever que de sa seule conscience ; il n'a de compte à rendre ni à son chef de juridiction, ni à qui que ce soit. Tout ceci pour dire que le bon fonctionnement de la justice, et par conséquent l'administration d'une « bonne justice », dépendent dans une très large mesure, de l'intégrité du juge lui-même face à ses obligations statutaires et à l'intérêt du service. De là, on estime qu'il peut dès lors constituer, ou un élément interne de crédibilité de la justice dans son pays si son intégrité professionnelle n'est pas mise en cause, ou une menace interne à l'indépendance de sa juridiction – et donc de sa propre indépendance – dans le cas contraire. Il arrive que cette deuxième hypothèse soit celle que connaissent certaines juridictions. Les raisons qui ont amené cette situation dans certains pays sont multiples et peuvent avoir des origines diverses. Nous en avons mentionné certaines dans une

étude antérieure⁶¹. Il n'est toutefois pas inutile d'en reprendre quelques unes dans le cadre de cette étude car elles restent encore d'actualité.

1 - Le juge et son milieu

L'indépendance du juge dépend de plusieurs facteurs. Sa crédibilité en est un. Nul doute qu'en Afrique, nombreux sont les magistrats qui font preuve journalièrement d'une compétence et d'un comportement exemplaire dans l'exercice de leur fonction comme à l'extérieur de leur service. Ce n'est pas toujours le cas⁶². Conscients des garanties et des larges protections dont ils font l'objet, certains magistrats se sont donnés des libertés incompatibles avec les exigences de leur fonction. Là c'est un juge qui, sans raison apparente, n'a pas traité une affaire sur une durée de deux ans alors qu'elle avait été déjà mise en délibéré, obligeant le médiateur de la République – qui a qualifié ce fait de déni de justice - à intervenir pour permettre aux requérants d'obtenir une décision de justice (Sénégal). Ailleurs, c'est le laxisme d'un juge qui a été dénoncé à l'occasion d'une ordonnance de référé qui a duré du mois d'août au mois d'avril de l'année suivante (Côte-d'Ivoire) ou la méconnaissance du droit à être jugé dans un délai raisonnable dans une affaire où le requérant a attendu 14 ans avant d'être jugé (Bénin), voire 25 ans (Burkina-Faso)⁶³.

Sans confondre vie privée et activité professionnelle des juges, la réputation de ceux qui ont la charge de rendre la justice tient encore une très grande place dans l'opinion publique. Certains comportements liés à la moralité des magistrats ont été décriés (alcoolisme, femmes en instance de divorce et venues au tribunal à cet effet). Au niveau interne des juridictions, de telles données fragilisent le magistrat qui « prêtent le flanc » à ses supérieurs et certainement aussi aux autorités exécutives, d'où des risques de perte d'indépendance vis-à-vis d'eux.

Ces premières menaces qui relèvent même de l'éthique du magistrat, restent informelles et rares ; d'autres en revanche sont plus sournoises et plus redoutables.

2- Les menaces intrinsèques (inhérentes ?) à la fonction de juger

Elles touchent au fonctionnement de la justice, sont de plusieurs ordres et sont directement ou indirectement les conséquences d'une certaine politisation de la justice dans certains pays d'Afrique

C'est d'abord des prises de position de magistrats incompatibles – et surtout incompréhensibles – avec la fonction de juger au sens moderne et démocratique du terme. Rappelons qu'il y a à peine quelques années en République Démocratique du Congo, c'est une véritable soumission du juge aux directives du parti qui avait été organisée par

les gouvernants⁶⁴ qui n'hésitaient pas à prendre des sanctions à l'encontre des magistrats récalcitrants. Aujourd'hui, la justice semble y présenter un aspect plus conforme aux principes démocratiques. Dans d'autres pays, cette politisation de la justice est plus subtile. Elle se manifeste à travers des craintes - souvent justifiées - éprouvées par certains magistrats, de se voir infliger des sanctions de toutes sortes. Elle peut également s'afficher à travers des prises de position de magistrats convaincus que les décisions de justice ne devraient pas entraver les décisions administratives ou gouvernementales qui iraient dans un sens prétendument favorable au développement politique et économique du pays. Les restrictions apportées aux libertés sur un tel fondement, constituent « un mal nécessaire » que la collectivité doit momentanément supporter au prix d'un épanouissement futur (qui pourrait être par ailleurs bien hypothétique...). Des décisions de justice montrent assez nettement cette inféodation de la justice au pouvoir politique⁶⁵.

Ensuite, la politisation à l'intérieur même de la justice passe par le maintien d'une politique jurisprudentielle obsolète, mais que l'on alimente parce qu'elle est favorable aux décisions prises par le pouvoir en place. En d'autres termes, elle est dissimulée dans des notions juridiques, dont certaines sont parfois incomprises de la population - la société ne les ayant pas elle-même secrétées - telles l'intérêt général, l'atteinte à la sûreté de l'Etat, la haute trahison, l'acte de gouvernement⁶⁶ ou encore la notion d'ordre public. Pendant longtemps, celle-ci a par exemple permis au juge sénégalais d'accepter la légalité de décisions administratives interdisant des réunions ou des manifestations publiques alors qu'elles étaient manifestement illégales, avant que le nouveau Conseil d'Etat ne vienne mettre un coup d'arrêt à cette jurisprudence quelque peu complaisante⁶⁷.

Enfin, l'impartialité, qu'il revient au juge de sauvegarder en toute « conscience », constitue aussi un des facteurs d'indépendance, même si elle est à distinguer de cette dernière⁶⁸. Si l'indépendance de la justice signifie l'exclusion de tout lien de dépendance vis-à-vis des pouvoirs législatif et exécutif, ou vis-à-vis de tout autre acteur ou phénomène, l'impartialité en appelle à la conscience du juge qui doit s'assurer que la décision qu'il a prise n'a subi l'influence d'aucun élément étranger dans l'exacte application de la règle de droit aux faits de l'affaire qui lui est soumise. L'impartialité, à propos des menaces internes, soulève quelques questions, notamment lorsque le juge reproduit à l'intérieur de sa juridiction ou dans les procès, des éléments liés à son origine ou milieu religieux, partisan ou syndical. Par exemple, l'élection des juges suisses par le parlement fédéral qui prend en compte des éléments d'ordre idéologique, politique et régional, culturel etc.⁶⁹. Si le magistrat issu de ces différents « milieux » ne rompt pas le lien qui les unit, se posera alors la question de son indépendance et de son impartialité⁷⁰. L'appartenance à un syndicat d'un magistrat peut également être source de dépendance et d'absence d'impartialité⁷¹.

Cela dit, il est bien possible que le juge s'affranchisse de toutes ces pesanteurs pour affirmer son indépendance et son impartialité. En France, le Commissaire du gouvernement fait l'objet de nombreuses critiques quant à sa présence dans les délibérations des juridictions administratives, ce qui fit intervenir la Cour européenne des droits de l'homme pour rappeler l'importance dans un Etat de droit du principe d'impartialité dans les procès⁷².

Enfin, doit-on rappeler que la publication des affaires introduites auprès des tribunaux⁷³, ainsi que la publicité des débats constituent des garanties à l'indépendance des juges dans le fonctionnement de la justice.⁷⁴

3- Indépendance judiciaire et transparence financière : la lutte contre la corruption

Le développement économique de ces Etats semble considérablement ralenti, sinon gravement compromis par l'absence de transparence des actes juridictionnels intervenus dans les transactions financières ou dans les opérations de marché. Dans ces domaines, il y a de manière générale, un manque crucial d'éthique professionnelle dans le secteur commercial privé. Plus particulièrement, les magistrats ne disposent pas de textes législatifs et réglementaires suffisamment précis et adéquats ou adaptés, d'où leur incapacité à donner confiance aux investisseurs étrangers détenteurs de capitaux suffisants et seuls susceptibles d'investir dans des projets de développement viable. Et s'ils en disposent, ils ne les appliquent pas de manière correcte lorsqu'ils succombent à la pratique de la corruption ou autres comportements répréhensibles. Les impératifs de la mondialisation imposent aux pays africains une certaine moralisation de l'appareil judiciaire sans laquelle, les malversations financières, les détournements de deniers publics et la corruption ne trouveraient aucune solution à court terme. A ce niveau, apparaissent d'autres facteurs aussi déterminants que les précédents : bas salaires, conditions matérielles de travail déplorable etc.

Comme pour la plupart des Etats africains, le Sénégal a jugé bon de mettre en place une politique destinée à assainir davantage l'appareil judiciaire, en invitant les magistrats à avoir plus d'éthique dans leur fonction. Les autorités sénégalaises ont en effet insisté sur ce qu'elles ont appelé « la gouvernance judiciaire », en précisant que dans un contexte démocratique, les politiques de l'Etat dans ce secteur visent à promouvoir l'existence d'une justice viable, efficace, impartiale et favorable au développement économique. A cet effet, ces autorités reconnaissent que la corruption, même si elle est difficile à définir, constitue « un phénomène majeur » contre lequel les instances nationales et internationales doivent absolument lutter. La « gouvernance judiciaire » aura ainsi pour objectif de réduire cette corruption grâce à une véritable promotion de l'éthique dans le pays et dans tous les secteurs, à l'amélioration des procédures de passation des marchés publics, la simplification des formalités administratives, la mise en place d'un pacte d'in-

tégrité entre les usagers et le secteur public, la rationalisation de la chaîne des dépenses publiques, l'implication de la société civile et surtout, la création d'un Observatoire sur la lutte contre la corruption.

Cette préoccupation est loin d'être théorique car la corruption concerne tous les domaines d'activités de l'Etat en Afrique, y compris la justice elle-même.

Le Sénégal vient d'être le théâtre d'une affaire de corruption présumée de magistrats haut placés dans l'appareil judiciaire (mois de juin juillet 2006), dont les faits ont été largement diffusés dans la presse écrite et par la radio (diffusion à travers les ondes des radios privées de l'enregistrement des discussions entre le corrupteur et les juges corrompus et les sommes d'argent réclamées par ces derniers). L'un des magistrats, personnage central de l'affaire, a été mis à la retraite anticipée, tandis qu'un autre a été affecté dans une autre zone géographique et un troisième suspendu de ses fonctions pendant une durée de cinq ans, même si le motif de corruption n'a pas été retenu à leur encontre par la Cour de cassation sénégalaise, juge en la matière.

Conclusion

De tout ce qui précède, il apparaît que le juge occupe, dans tous les pays francophones à qui le questionnaire a été préposé, une place centrale dans leur système juridique et politique respectif. Cela ne veut certainement pas dire que le juge est un « acteur » devant intervenir dans l'arène politique au même titre que les organes législatif et exécutif ; loin de là. Sa fonction reste celle « de juger »⁷⁵. Il n'en demeure pas moins que tant pour l'instauration de l'Etat de droit que pour le respect des droits et libertés individuels, les populations attendent du juge qu'il remplisse son rôle, c'est à dire faire respecter la loi et s'assurer que les principes démocratiques comme les droits de l'homme ne sont pas impunément bafoués. Bien évidemment, sans une réelle indépendance - dans le cadre d'une séparation des pouvoirs - garantie à la fois par des textes et confirmés dans la pratique, ce rôle du juge ne sera que théorique.

Dans les pays occidentaux, l'avancée démocratique est plus poussée que dans les Etats pauvres. Il n'en demeure pas moins que l'Etat de droit et la démocratie constituent une quête permanente, et se présentent comme des défis quotidiens jamais définitivement acquis. Pour preuve, la Cour européenne des droits de l'homme se montre très vigilante à l'égard des Etats européens quant au respect des principes d'organisation juridictionnelle parmi lesquels figurent l'indépendance de la justice⁷⁶ et l'impartialité du tribunal⁷⁷, conformément aux dispositions des articles 5 et 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Les pays de l'espace francophone africain ont les moyens d'y faire face ; pour cela de profondes mutations au sein de la justice nécessitent d'être entreprises et accompagnées, tout particulièrement par les autres acteurs constitutionnels et politiques (majorité et opposition etc.) de ces pays. On souhaite que les profondes mutations qui sont en cours dans certains de ces pays soient accompagnées, tout particulièrement par les autres acteurs constitutionnels et politiques (majorité, opposition, etc.) de ces pays.

5 Nous utiliserons indifféremment les termes de magistrat et de juge dans la suite de l'étude.

6 En effet, si le principe d'indépendance de la justice est affirmé dans les textes importants - notamment dans la Constitution - de plusieurs de ces pays, cette identité de vue n'est que théorique ; dans la pratique, les situations divergent selon les Etats et vont du pire (subordination du juge au pouvoir politique en place) au meilleur des cas (indépendance réelle et impartialité du magistrat).

7 Il s'agit de la Belgique, du Canada, de la France et de la Suisse.

8 La nombreuse jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin est très riche de décisions annulant beaucoup de lois en matière électorale et dans le domaine des droits et libertés. Cela est significatif de la volonté de certains juges africains de rendre effectifs les principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance de la justice.

9 L'article 2 nouveau dispose en effet que « L'Etat de la République socialiste du Viêt-Nam est un Etat de Droit socialiste du peuple, par le peuple, pour le peuple. Tous les pouvoirs d'Etat appartiennent au peuple dont la base est constituée par l'alliance de la classe ouvrière avec le paysan et l'intelligentsia ». La référence ici à la notion d'Etat de droit signifie-t-elle la soumission des pouvoirs publics et des autorités administratives vietnamiennes au respect des règles de droit, et lesquelles ? La domination du système par le Parti laisse croire que cet « Etat de droit socialiste » n'a ni la même dimension, ni la même portée que celui que nous connaissons dans les démocraties occidentales.

10 V. Résolution N° 49-NQ/TW du 2 juin 2005 sur la Stratégie de réformes judiciaires jusqu'à 2020.

11 « Dans l'exercice de leur pouvoir juridictionnel, les juges et les assesseurs populaires sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi ».

12 Par exemple, la France qui a pu ainsi influencer un nombre important de pays n'ayant pas eu la même évolution.

13 C'est le cas du Maroc, fût-il un simple protectorat français, ainsi que les pays francophones d'Afrique au sud du Sahara et Madagascar qui ont pratiquement repris les dispositions constitutionnelles françaises de 1958 à ce sujet (v. les réponses au questionnaire). Tel est également le cas de la Belgique où la loi des 16-24 août 1790, qui fût à l'origine de la dualité de juridiction en France, a été appliquée.

14 Les nouveaux pays de l'Europe de l'Est.

15 Canada.

16 Egypte : « La justice est ouverte pour profiter des expériences ou des modèles étrangers » (réponse à la question 2, p. 26 du questionnaire).

17 Parfois, ce sont les acteurs mêmes de l'appareil judiciaire qui nous livrent leur conception de cette indépendance de la justice et de celle du juge. Dominique COMMARET, Avocat général près la Cour de Cassation française disait à ce sujet : « L'indépendance est une obligation astreignante, imposant une vigilance individuelle (et collective) à l'égard de toutes les formes de pression, de même une lucidité personnelle du magistrat à l'égard de toutes les allégeances qui risquent d'entamer sa distance nécessaire, y compris vis-à-vis de ses propres préférences. De même que le sens de la justice procède d'abord de la confrontation à l'injuste, la liberté du magistrat commence par la prise de conscience de sa non liberté » ; v. Rapport de synthèse, colloque sur « La responsabilité des juges » organisé les 25 et 26 mars 1999 à l'Ecole Nationale de Magistrature.

18 Les réponses à la question 3 montrent que l'instauration de l'Etat de droit n'est pas encore faite partout et n'est pas intervenue au même moment dans les pays qui peuvent s'en réclamer aujourd'hui.

19 Albanie, Belgique, Bulgarie, Burkina-Faso, Burundi, Cameroun, Comores, Congo-Brazzaville, Egypte, France, Gabon, Guinée-Equatoriale, Madagascar, Mali, Maroc, Mauritanie, Moldavie, Slovaquie, Togo.

20 Dans certains pays (Belgique, Egypte, Mauritanie, Moldavie et Roumanie), aucune mention spéciale n'est faite, de manière, expresse à propos de l'indépendance la Cour constitutionnelle, mais les Cours de ces Etats ont pris le soin de relever que cette indépendance est tout de même reconnue dans la loi organique sur le fonctionnement de la juridiction, ou encore dans les dispositions posant le principe de leur soumission à la seule autorité de la Constitution, ou disposant que leurs décisions ne peuvent faire l'objet d'aucun recours.

21 Liban, Maurice, Niger, Sénégal et Suisse. Il faut toutefois préciser que pour le cas du Sénégal, si le Conseil constitutionnel est intégré dans le chapitre consacré au pouvoir judiciaire, cela est purement formel ; en réalité, a juridiction constitutionnelle sénégalaise a un statut qui lui est propre et une loi qui lui est spécifique dans l'ordre juridictionnel

22 Pour reprendre une expression devenue courante dans la doctrine française.

23 V. J-C Menard « Réflexions sur « l'indépendance du juge judiciaire », Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 2004-

24 V. L. Cohen – Tanugi, Les métamorphoses de la démocratie, O. Jacob, 1989, cité par J-L Menard, art. précité, p. 327

25 C'est la conception de la fonction publique en France que la doctrine (Hauriou, Burdeau) a longtemps défendue et que l'on retrouve dans la fonction publique de la plupart des Etats francophones d'Afrique.

26 Certes il existe des aménagements...

27 Art. 5 de l'Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958.

28 C'est le cas au Bénin, au Burkina-Faso, au Cameroun, en Egypte, en France, au Gabon, en Guinée, à Madagascar, au Mali, au Niger et au Niger ou encore au Sénégal

29 V. G. Masson, Les juges et le pouvoir, éd. Moreau/syros, 1977, p. 258 et s.

30 Il faut admettre que le principe d'inamovibilité n'est pas fondamentalement incompatible avec les besoins du service public. Il n'est par exemple pas toujours souhaitable qu'un magistrat soit maintenu à son poste pour une période très longue, ne serait-ce que pour des besoins de mobilité. Cette raison n'est malheureusement pas parfois, celle qui motive les décisions de mutations dont les magistrats font l'objet.

31 Loi n° 92-27 du 30 mai 1992

32 V. DCC. 97-033 du 10 juin 1997

33 CC Sn 23 juin 1993

34 C'est l'article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui pose le principe de l'inamovibilité des magistrats « Les magistrats du siège sont inamovibles ». L'ordonnance du 22 décembre vient préciser sa portée en disposant que « le magistrat du siège ne peut recevoir sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement ».

35 Article L 221-1 du Code de l'organisation judiciaire (COJ).

36 Dans certains pays, il n'existe pas encore de texte sur le déroulement de la carrière du magistrat ; tel est par exemple le cas en Hongrie où un projet de loi est déposé dans ce sens (réponse à la question 21, p. 253), mais aussi en Suisse où « il n'existe aucun cursus du juge » (réponse à la question 21, p. 257)

37 C'est le cas de la majorité des pays ayant répondu au questionnaire.

38 Au Canada et en Suisse, le recrutement des magistrats se fait au sein d'anciens professionnels du droit qui ne sont pas nécessairement obligés de passer un concours d'entrée. Ce mode de recrutement a souvent été critiqué au Canada, raison pour laquelle il a fait l'objet d'une réforme pour éviter que l'opinion publique ne pense que la justice est inféodée à l'exécutif à l'origine de telles nominations. Ce mode de recrutement pose par ailleurs des problèmes liés à l'impartialité dans la mesure où les candidats recrutés pourraient se sentir obligés de « renvoyer l'ascenseur ».

39 Dans certains pays, une voie appelée « latérale » permet à des personnes d'accéder à la fonction de magistrat en fonction de l'expérience juridique acquise.

40 Le Conseil d'Etat français a très tôt assuré le contrôle de la légalité des décisions administratives refusant des candidats aux concours de la fonction publique et motivées par des discriminations fondées sur les opinions

politiques. (l'arrêt de principe est celui du CE, Ass. 28 mai 1954, Barel, cl. Maxime Letourneur ; RPDA 1954, p. 149, conclusions et p. 157, note Charles Eisenmann.). En l'espèce, la candidature du requérant à l'Ecole Nationale d'Administration (ENA) avait été refusée pour ses opinions communistes.

41 F. Frison-Roche, « La réforme du système judiciaire dans les Balkans membres (à part entière ou associés) de l'Organisation Internationale de la Francophonie (Bulgarie, Moldavie et Roumanie – Albanie et Macédoine) », Rapport de l'Observatoire sur l'état des pratiques de la démocratie et des droits de l'homme dans l'espace francophone, OIF, 2006.

42 L'appellation de cet organe varie selon les pays : Haut Conseil de la justice (Albanie), Conseil de la Magistrature de la République (Macédoine), Conseil Judiciaire Supérieur (Bulgarie), Conseil Supérieur de la Magistrature (Roumanie), Conseils des Hauts Magistrats (Moldavie).

43 A. B. FALL, « Les juridictions administratives dans les pays de l'Est », Mélanges S. MILACIC, à paraître en décembre 2007.

44 V. X. BOISSY, La séparation des pouvoirs, œuvre jurisprudentielle, éd. Bruylant, pp. 120-139

45 M. FRISON-ROCHE précise par ailleurs que pour être en conformité avec les normes démocratiques internationales, ces pays ont également instauré un triple degré de juridictions (1ère instance, Appel et cassation) et inscrit dans leur Constitution l'interdiction de mettre en place des tribunaux d'exception. Ils ont consacré dans toutes ces Constitutions des développements importants sur les droits de l'homme que la justice doit protéger et faire respecter.

46 Le même auteur avait noté que « l'organisation du pouvoir judiciaire avait le double avantage d'afficher de la démocratie tout en restant « verrouillé » par le biais de certaines nominations ». C'est dire que l'organisation même de ces juridictions ne répond pas encore aux critères retenus dans les démocraties modernes en matière de justice.

47 Cités par X. BOISSY, op. cit.

48 A propos de l'indépendance statutaire du pouvoir judiciaire, la Cour constitutionnelle albanaise sanctionna, par deux fois, l'immixtion des pouvoirs exécutifs et législatifs dans la compétence du pouvoir judiciaire par une loi du 9 mai 1997 sur le contrôle financier des personnes morales. Cette loi permettait à l'administration d'agir à la place du juge et portait ainsi atteinte à son indépendance statutaire. (Cour constitutionnelle albanaise, Décision n° 6 du 25 janvier 1999).

49 La Cour constitutionnelle a affirmé qu'elle accomplirait ses fonctions de manière indépendante et qu'elle n'était pas « une institution du système judiciaire », la Cour est bien un « organe de contrôle de constitutionnalité indépendant des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire » (Cour constitutionnelle bulgare, Décision n° 18, 1993. La même Cour devait également dégager le principe d'autonomie budgétaire du pouvoir judiciaire. Elle posa le principe selon lequel, il revient au Conseil Supérieur Judiciaire de préparer ce budget particulier, et si le gouvernement peut émettre des réserves, il doit dans tous les cas l'intégrer tel quel dans le budget qui sera présenté au parlement (Cour constitutionnelle bulgare, Décision n° 1, 4 janvier 1994).

50 Sur la protection du fonctionnement régulier des institutions judiciaires, la Cour constitutionnelle macédonienne a jugé contraire au droit de propriété et au principe de la séparation des pouvoirs certaines lois spéciales, datant de la période communiste, qui protégeaient les propriétaires fonciers de toute éventualité de restitution au moyen d'une action judiciaire (Cour constitutionnelle macédonienne, Décision du 18 mars 1998).

51 La Cour constitutionnelle roumaine a admis que la formation d'autorités administratives chargées de rendre certaines décisions de nature juridictionnelle, n'occulte en rien l'existence du pouvoir judiciaire dont la voie est ouverte à tout justiciable qui intente un recours, au nom du principe constitutionnel de libre accès à la justice (Cour constitutionnelle roumaine, Décision n° 34. du 24 juin 1993)

52 « Aucune classification n'existe en ce qui concerne les juges (réponse à la question 22-a, p. 262 du questionnaire) ; « Aucune règle ne gouverne l'avancement (réponse à la question 22-b, p. 267 du questionnaire) ; plus significative encore est la réponse à la question 22-c (p. 270) du questionnaire) : « On peut présumer que pour accorder une promotion à un Juge, c'est-à-dire le faire passer à un tribunal supérieur, l'autorité de nomination considère son ancienneté, rarement son mérite personnel ; mais souvent ce n'est pas le cas, l'avancement se fait sur la base des relations personnelles ou de recommandations ». Il serait bien étonnant que les magistrats haïtiens soient les seuls à vivre une telle situation..., même si ailleurs, ce serait dans une moindre mesure.

53 Cf. D. SY, « La condition de juge en Afrique : l'exemple du Sénégal », in *Les défis des Droits fondamentaux, Actes des Deuxièmes journées scientifiques du réseau Droits fondamentaux de l'Agence Universitaire de la Francophonie (AUF), tenues à Québec du 29 septembre au 2 octobre 1999*, Aupelf-Uref, éd. Bruylant/AUF, 2000, p. 354.

54 Cette évaluation qui constitue un des éléments déterminants dans la carrière du magistrat, peut en effet susciter bien des doutes comme le fait remarquer R. PERROT en ces termes : « Quels que soient les termes utilisés, on se trouve ici en présence d'un problème assez irritant, dont on comprend certes la nécessité, mais qui introduit un ferment de sujétion que l'on évoque jamais sans une certaine gêne quand on pense à la dignité du juge et à son indépendance... », *Institutions judiciaires, Montchrestien, douzième édition, 2006*, p. 79

55 La réforme dont le Conseil a fait l'objet en 1993 ne semble pas avoir atteint ses objectifs. Le comité Balladur chargé de réfléchir sur l'adaptation des institutions actuelles de la Vème République devra certainement proposer d'autres réformes comme l'exclusion du Chef de l'Etat et du Garde des Sceaux de ce Conseil, lequel sera dorénavant présidé par une personnalité indépendante n'appartenant ni au parlement, ni à l'ordre judiciaire mais nommé par le président de la République.

56 « Présentement aucune règle ne régit la carrière des juges. Les juges de paix sont à la merci d'une révocation qui peut survenir à tout moment. Ceux des autres juridictions qui détiennent un mandat ne sont pas du tout assurés de voir ce dernier renouvelé à expiration » (réponse à la question 21

57 V. entre autres, « L'indépendance des juges et des juridictions », ACCPUF, OIF, Bulletin n° 7, novembre 2006 et la synthèse des questionnaires par Mme PAUTI, Secrétaire générale de l'ACCPUF.

58 Il s'agit de la France et du Gabon. Dans ces deux pays, les Cours établissent leur budget à partir de leurs besoins, lequel budget sera voté avec la loi de finances par le parlement, sans qu'il fasse l'objet de discussion (contrairement aux autres pays occidentaux – Suisse, Belgique – et africains où le budget est discuté devant le parlement). Au Gabon, une loi de finances qui réduit les moyens financiers de la Cour peut être censurée. La Cour constitutionnelle du Bénin avait aussi annulé deux lois de finances qui avaient réduit ses dépenses de fonctionnement

59 Par exemple en Albanie, le budget est chaque année revu à la baisse depuis 2005 (réponse à la question 11, p. 145) alors qu'en France, il est en hausse depuis 2002.

60 Les magistrats sénégalais ont vu leurs rémunérations substantiellement améliorées en 1998 avec l'octroi d'une allocation de judicature, et une augmentation importante de salaires depuis quelques années.

61 A. B. FALL, « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », in *Les défis des Droits fondamentaux, Actes des Deuxièmes journées scientifiques du réseau Droits fondamentaux de l'Agence Universitaire de la Francophonie (AUF), tenues à Québec du 29 septembre au 2 octobre 1999*, Aupelf-Uref, éd. Bruylant/AUF, 2000, p. 309-346.

62 Bien évidemment, ceci n'est pas le propre des pays africains, loin de là ; des magistrats peu consciencieux ou peu vertueux se rencontrent partout y compris bien évidemment dans les pays occidentaux. Le vol d'une carte bancaire par un magistrat français participant à un colloque dans un pays étranger avait récemment fait la chronique judiciaire en France, un fait que la presse a largement diffusé par la suite (magistrat finalement condamné par les tribunaux).

63 Aff. Kabore Ali Noaga c/ Derme Moussa, rapportée par S. YONABA, *Indépendance de la justice et droits de l'homme, le cas du Burkina Faso*, éd. Ploom, 1997, p. 156. Tous les faits cités ici ont été condamnés par les tribunaux de ces pays respectifs.

64 Les propos du procureur de l'époque étaient sans équivoque sur l'inféodation de la justice au gouvernement : « Le Conseil judiciaire n'est pas une institution propre, mais un organe par lequel le MRP (parti au pouvoir), - et donc son Président car ce dernier en est l'incarnation - exerce la mission de rendre la justice. De ce fait, le magistrat zairois est non pas à proprement parler le mandataire du Président, mais en quelque sorte le Président lui-même exerçant sa mission de dire le droit (...) quiconque s'insurge contre ses décisions désobéit au Président du MRP lui-même (...). Le magistrat zairois doit-il prendre de plus en plus conscience de l'importance de sa mission et rendre la justice en âme et conscience de militant » (propos rapportés par M.E. BOSHAB, « La misère de la justice et justice de la misère en République Démocratique du Congo », *Revue de la Recherche Juridique*, 1998, 3, p.1169)

65 V. A. B. FALL, article précité, p. 235.

66 L'utilisation de la notion a été fortement critiquée par la doctrine lorsque les autorités camerounaises par exemple l'ont évoquée pour justifier une convocation par décret du corps électoral en vue d'une élection présidentielle anticipée en 1992. Le Ministre de la jeunesse et des sports de ce même pays l'avait également évoquée lorsque la FIFA s'était opposée à la décision de dissolution de la Fédération camerounaise de foot-ball qu'elle avait prise.

67 Dans une affaire d'expulsion décidée par le Ministre de l'intérieur, le Conseil d'Etat sénégalais a annulé l'arrêté ministériel qui selon lui « se borne à justifier la mesure édictée (...) sans qu'aucun élément contenu dans la décision elle-même, ou dans un document annexe à celle-ci ne renseigne sur les dites nécessités alors que la décision querellée, en tant que mesure de police, devant être motivée surtout qu'elle est défavorable au requérant, puisqu'elle lui retire les avantages liés à son statu de réfugié » (Conseil d'Etat sn, 27 octobre 1993, Seydou Mamadou Diarra)

68 La plupart des réponses fournies dans le questionnaire lient ces deux éléments qu'elles considèrent comme complémentaire. La réponse du Sénégal est assez significative à ce sujet : « Le principe de l'indépendance des juges proclamés par les articles 88 et 89 de la constitution et celui de l'impartialité des magistrats résultant de l'article 13 du statut des magistrats constitue le fondement et la justification du pouvoir de juger. Les deux principes sont nécessairement en corrélation ».

69 Le même problème se pose au Liban où le recrutement inclut la représentation confessionnelle.

70 Cette précaution est expressément mentionnée par les textes béninois qui exigent des magistrats appartenant à l'association dans laquelle ils se sont regroupés, de déclarer leur indépendance vis-à-vis de cette corporation pour ce qui concerne l'exercice de leur fonction

71 Est-ce pour cette raison que dans certains pays (Liban, Pologne, Sénégal, Canada), les magistrats ne peuvent se constituer en syndicat ? Il faut préciser toutefois qu'au Sénégal où les magistrats sont également interdits de grève (comme en France), existe une amicale qui s'apparente en une simple association d'ordre corporatif (Union des Magistrats du Sénégal). En revanche, le droit de se syndiquer est reconnu (parfois par la Constitution elle-même comme en République tchèque et en Moldavie) dans certains autres Etats (Béni, France, Togo).

72 CEDH, 12 avril 2006, MARTINIE c/ France.

73 A ce sujet, le secret de l'instruction en matière pénale pose un certain nombre de problèmes, raison pour laquelle il fait l'objet de beaucoup de controverses. D'une part, il se justifie par l'intérêt de la poursuite (qui s'oppose à ce que le public soit régulièrement informé des recherches effectuées par le juge d'instruction) et celui du suspect – qui peut être injustement mis en cause – sur la base de la présomption d'innocence. D'autre part, il est critiqué parce que perçu par certains (les avocats notamment) comme attentatoire aux droits de la défense. Le débat reste encore vif en France par exemple, et tout laisse croire qu'il revient au juge pour l'instant et dans le respect des textes, d'assurer l'équilibre entre ces deux impératifs.

74 La publicité des débats est un principe généralement admis. Il est par exemple posé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, même s'il fait l'objet de certaines exceptions, par ailleurs limitativement énumérées.

75 La justice semble tout de même jouer aujourd'hui un rôle important de contre-pouvoir dans nos sociétés démocratiques contemporaines... (V. F. HOURQUEBIE, Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République, Bruylant, 2004, 677 pages.

76 CEDH, 22 octobre 1984, affaire Sramek (le rapporteur, membre du tribunal, était le subordonné de l'agent public qui avait saisi le tribunal et qui en même temps, représentait le gouvernement du Land autrichien concerné devant le même tribunal. Dans de telles conditions, la Cour a estimé que l'indépendance du tribunal n'était pas suffisamment garantie.

77 Un même magistrat ne peut, au plan national, à la fois ordonner le maintien en détention préventive d'un inculpé, le renvoi en jugement, et assurer par la suite la présidence du tribunal correctionnel chargé de juger le prévenu. La Cour a mis en doute l'impartialité du tribunal ; affaire Ben Yaacoub c/ Belgique, 27 novembre 1987 ; voir également affaire De Cubber, 26 octobre 1984 (un magistrat belge avait successivement occupé dans la même affaire, les fonctions de juge d'instruction et de juge du premier ressort)

Débats

Modérateur : Monsieur Saliou ABOUDOU, premier président de la Cour suprême du Bénin, Président de l'Association africaine des hautes juridictions francophones (AAHJF)

Dans les échanges qui ont suivi l'exposé de Monsieur le Professeur Fall, qui a soulevé un grand intérêt, la question de la composition des conseils de la magistrature a fait l'objet d'une attention particulière, s'agissant principalement de la présence du pouvoir politique au sein de ces organes, et du Chef de l'Etat en particulier que la constitution française, notamment, consacre comme garant de l'indépendance de la magistrature et place à la tête de cet organe. Si certains ont indiqué que le Chef de l'Etat n'intervenait dans les faits qu'assez rarement, nombre de participants ont jugé cette présence politique attentatoire à l'indépendance de la Justice, tout en reconnaissant qu'il est difficile de soustraire complètement la Justice au pouvoir exécutif et diverses propositions ont été faites pour préserver ce principe.

Ainsi des conclusions de la commission chargée de la révision des institutions créée en France, qui préconisent d'exclure les acteurs politiques du conseil supérieur de la magistrature et d'y nommer, à côtés de magistrats élus par leurs pairs, des membres non magistrats qui auraient la majorité des voix pour éviter l'écueil du corporatisme. De nombreux exemples ont par ailleurs été cités des pratiques du pouvoir politique pour limiter, entraver voire détourner les libertés de magistrats et les instrumentaliser.

Toutefois, certains intervenants considèrent que le problème des conseils de la magistrature ne réside pas tant dans la composition que dans les modalités de fonctionnement, qui sont les plus déterminantes ; l'enjeu, à cet égard, consiste à ne pas donner de pouvoir discrétionnaire et élargi à cette institution, ce qui est du ressort du législateur. En outre, si tous les intervenants ont unanimement souligné que si l'indépendance de la Justice est étroitement liée au statut juridique des magistrats, qui doit leur offrir toutes les garanties en la matière, ils ont également souligné combien il importe qu'au-delà des textes, le juge lui-même intègre cette indépendance, en aie conscience et l'assume sans politisation ni flagornerie à l'égard du pouvoir politique.

Il doit par conséquent être lui-même intègre et acquérir son indépendance en se libérant de l'étau de l'exécutif et des autres pesanteurs sociales ou économiques ; la question de la lutte contre la corruption, qui est un problème particulièrement grave et crucial dans le domaine de la Justice dans de nombreux pays, a été évoquée à cette occasion pour réaffirmer la nécessité pour les magistrats de bénéficier d'un salaire qui les mette à l'abri de ce fléau.

La question de l'inamovibilité du juge a également été reprise pour constater que les mutations relèvent parfois de la nécessité de service ce qui pose la question de la com-

patibilité entre ces deux principes. Il a été réaffirmé que outre le fait que l'inamovibilité du juge n'est pas un privilège mais que ce principe s'applique dans son intérêt, le consentement des intéressés doit être sollicité et la procédure d'affectation respectée même dans le cadre de ces nécessités de service, sans se limiter à une simple information.

Par ailleurs, il a été souligné que l'inamovibilité peut poser des problèmes dans les petits pays et localités où un magistrat longtemps en place peut se trouver plus facilement soumis à la pression du groupe ou de l'environnement socioculturel dans lequel il est intégré. Certains intervenants ont posé la question de savoir si le titre de « magistrat » pour les procureurs est approprié, compte tenu de leur statut particulier et, notamment, du fait qu'ils soient amovibles, et si le fait que la Justice soit un attribut de l'Etat revenait à dire que les juges sont eux-mêmes l'Etat.

La problématique de la syndicalisation des magistrats a également fait l'objet d'échanges, non seulement pour savoir s'il était indiqué que cette profession se réunisse sous cette forme mais aussi face à la prolifération de ces structures dans certains pays, qui affaiblit la force de ce groupe social. Cette question a également conduit à évoquer celle de l'incompatibilité de certains statuts, activités et fonctions avec les fonctions de magistrat. Enfin, face au grand retard et aux nombreux problèmes constatés en Afrique tant en termes d'inamovibilité, d'indépendance que d'accès à la Justice, et qui expliquent aussi le recours encore massif à la justice traditionnelle, il a été rappelé que la Justice est d'abord et avant tout un service public, qui implique donc que les magistrats acceptent d'être affectés à l'intérieur du pays pour des nécessités de service.

En réponse à ces interventions, Monsieur le Professeur Fall souligne que la justice est un service public, qui dépend, à ce titre, de l'exécutif mais dont il doit être indépendant. Aussi la question qui se pose est celle de savoir conjuguer ces principes, de prime abord incompatibles, d'indépendance et de nécessité de service public.

La spécificité et la difficulté de l'appareil judiciaire résident, selon lui dans le fait qu'il se trouve au carrefour de nombreux domaines ce qui rend la lutte contre les pesanteurs complexes, lutte dans laquelle l'intégrité du juge est un élément essentiel et qui est particulièrement ardue quand ce juge est isolé. Cette indépendance réunissant donc une combinaison de facteurs, il partage, à cet égard, les propos sur la nécessité de ne pas laisser un même juge dans le même lieu d'affectation durant de trop longues années, pour éviter une influence croissante du groupe sur lui et l'affaiblissement de son autorité.

S'agissant des nombreuses critiques au sujet des conseils de la magistrature, il relève que chaque pays a ses propres contraintes et qu'il appartient à chacun de mettre en œuvre les réformes qui leur permettent de fonctionner de manière à renforcer les ga-

ranties pour les juges et la Justice. De même, il convient de trouver, chacun selon sa propre situation, le meilleur mode de fonctionnement pour les juges du parquet, qui sont bien des magistrats. Enfin, il affirme que les questions très pertinentes posées appellent tout à la fois des solutions générales mais aussi locales.

Les menaces de l'indépendance

Sous-thème 2 :

Les interventions externes
qui menacent
l'indépendance
et l'impartialité de la justice

*Madame Nicole DUPLE,
Professeure titulaire à la faculté de droit de l'université de Laval (Canada)*

On peut affirmer que l'indépendance de la Justice est consubstantielle à l'État de droit⁷⁸. Le principe de la primauté du droit postule en premier lieu la primauté de la constitution et par conséquent l'existence de limitations à la compétence des organes législatifs et exécutifs. Les normes que ceux-ci adoptent conditionnent à leur tour la validité des autres règles de droit. L'État de droit établit ainsi une pyramide de normes hiérarchisées et interdépendantes. Cependant, les citoyens ne sont soustraits à l'arbitraire étatique⁷⁹ que si la séparation des pouvoirs est effective ce qui suppose l'existence d'un contrôle de la validité des actes normatifs adoptés par le législateur et l'exécutif. Le principe de la primauté du droit ne signifie rien dans le concret sans l'existence d'un tel contrôle exercé par un organe étatique distinct du législatif et de l'exécutif et indépendant par rapport à eux. Dans les États qui ont l'usage du français en partage, la juridiction constitutionnelle est parfois conférée à une institution incluse dans l'ordre judiciaire⁸⁰ ; plus fréquemment la compétence en matière de contrôle de la constitutionnalité est exercée par des organes qui ne font pas partie de l'ordre judiciaire⁸¹. Mais dans les deux cas de figure cependant, la nécessité d'assurer l'indépendance des personnes et des institutions qui exercent ce contrôle est la même. Quant au contrôle de la légalité, qu'il soit l'apanage de tribunaux distincts des tribunaux judiciaires ou, au contraire, que ces derniers puissent se prononcer sur la validité des actes administratifs, comme c'est le cas au Canada⁸² dans chacun des cas, ce contrôle doit lui aussi être exercé en toute indépendance par rapport au pouvoir exécutif.

Une conséquence implicite de la séparation des pouvoirs réside dans la spécialisation des tâches. Celle du pouvoir judiciaire consiste à «rendre justice» aux citoyens et à «déclarer le droit».

Bien que dans tous les États démocratiques, la Justice soit un idéal à atteindre celle-ci reste une notion qu'il est difficile sinon impossible de circonscrire ou définir⁸³. C'est la perception de certaines injustices qui nous est surtout familière et le jugement de valeur que nous formulons alors est intuitif⁸⁴, relatif et circonstanciel. Ainsi, une norme apparaît injuste à l'un en raison de sa teneur et de ses conséquences alors qu'elle semble opportune à un autre. Le relativisme des cultures est évidemment aussi à prendre en compte à cet égard. Que les normes perçues comme injustes soient parfaitement conformes à l'ordre juridique institué est sans pertinence pour certains et il est clair que Droit et Justice ne coïncident pas toujours. Mais la fonction judiciaire n'est pas confrontée à une notion absconse de Justice. Pour rendre justice, le juge applique la loi⁸⁵ et sa discrétion est balisée par celle-ci.

Les termes de la loi sont généraux et impersonnels; la loi établit des catégories de faits et assortit chacune d'elles de conséquences. Par principe, toute personne qui se trouve dans la situation décrite par la loi, est susceptible de se voir appliquer lesdites conséquences. C'est là, la signification du principe de l'égalité de tous devant la loi. Toutefois, il existe nombre de «cas difficiles» pour lesquels il est particulièrement délicat de décider où se situe la frontière entre le respect et le non-respect de la loi⁸⁶. Par ailleurs, la lettre de la loi n'est pas toujours limpide et doit par conséquent être interprétée par le juge⁸⁷. Certes, ce dernier peut errer en droit en interprétant et en appliquant la loi mais il est essentiel qu'aucune considération étrangère aux faits qui lui sont soumis et à la règle de droit applicable ne puisse avoir de pertinence. Le juge, dont la mission est de «dire le droit» dans le cadre d'un litige doit accomplir sa fonction de manière impartiale, sans pression d'aucune sorte, réelle ou potentielle, susceptible de restreindre l'autonomie de sa pensée. Les parties ne doivent pas avoir de motif raisonnable de questionner l'impartialité de la décision qui sera rendue dans le contexte d'un procès qui les concerne ce qui ne manquerait pas de survenir si le juge ne jouissait pas de garanties objectives d'indépendance le mettant à l'abri de toute influence indue. Bien entendu, l'indépendance objective du juge n'assure pas son impartialité dans une cause donnée, mais l'absence de ces garanties, en revanche, peut faire naître chez les parties un doute raisonnable quant à sa neutralité dans le contexte de cette cause.

Les juges doivent non seulement être indépendants mais être perçus comme indépendants. Par ailleurs, il existe un rapport étroit entre l'indépendance d'un juge pris individuellement et celle du tribunal où il siège. Si la cour ou le tribunal n'est pas indépendant des organes exécutifs pour ce qui est essentiel à l'exercice de sa juridiction, le juge qui y exerce ses fonctions ne peut être lui-même perçu comme étant indépendant ce qui est susceptible de soulever des craintes raisonnables de partialité dans le contexte de toutes les affaires dont il connaît.

L'indépendance des juges et des tribunaux n'est pas un privilège octroyé dans leur intérêt propre mais elle leur est garantie dans l'intérêt des justiciables et elle est nécessaire pour maintenir la confiance du public dans l'impartialité de l'administration de la justice. C'est en fin de compte la perception de l'indépendance de la justice, qui contribue à donner à la fonction judiciaire sa légitimité; elle est la condition essentielle du respect et de l'acceptation des décisions judiciaires par les justiciables.

Notre propos n'est pas de faire l'inventaire des mesures concrètes qui, dans chacun des pays de la Francophonie assurent l'indépendance de la justice mais plutôt de faire état des interventions externes, par rapport aux juges et aux tribunaux, susceptibles de la compromettre (1). Par ailleurs, si l'indépendance objective du juge est en étroite relation avec l'impartialité dont il doit faire preuve dans le contexte d'un litige, les deux notions sont toutefois distinctes. La deuxième partie de notre propos sera consacrée aux

interventions externes qui sont susceptible de compromettre, dans les faits et dans la perception du public, l'impartialité des magistrats et des tribunaux (2).

1 - L'indépendance de la justice est-elle assurée ?

Le degré d'indépendance dont bénéficie la magistrature varie selon les États; il dépend en effet très étroitement de la réalisation plus ou moins achevée de l'État de droit⁸⁸. Dans les pays qui ont rompu avec le système communiste et ont adopté le système politique de la démocratie pluraliste, l'administration de la justice a été remodelée lors de la transition et en vue de leur intégration dans le Conseil de l'Europe⁸⁹.

Ainsi, la nécessité de rompre avec le passé en instaurant des mécanismes et institutions propres à assurer l'indépendance de la Justice, conformément aux exigences de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁹⁰ a conduit à la création de conseils de la magistrature, qui indépendamment de leur appellation respective, ont en commun d'exercer leurs compétences relativement à la sélection des juges, au déroulement de leur carrière et à l'application des règles disciplinaires auxquelles ceux-ci sont assujettis.

Certains États ont subi une influence importante de modèles étrangers. C'est le cas des pays de l'Afrique francophone sub-saharienne⁹¹, du Maroc ainsi que de Madagascar où l'organisation de la justice reste largement inspirée du modèle français. En Haïti, depuis 1804, date de l'indépendance, le système judiciaire, calqué lui-aussi sur le modèle français, est resté pratiquement inchangé jusqu'à nos jours. Au Canada et à l'Île Maurice, l'empreinte laissée par le colonisateur britannique est restée très marquée dans le domaine de l'Administration de la justice; dans ces deux États ainsi qu'au Cameroun, la common law constitue une source de droit importante. Dans d'autres pays, tels que le Mali, le Maroc et le Sénégal, l'Islam a une influence déterminante. Au Canada et en Suisse, l'administration de la justice est aussi conditionnée par le fédéralisme.

Dans plusieurs des États qui ont en partage l'usage du français, l'indépendance des tribunaux découle de l'énoncé du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. La proclamation de l'indépendance du «pouvoir judiciaire⁹²» ou de la «Justice⁹³», devrait alors logiquement signifier non seulement l'indépendance des institutions judiciaires, mais aussi l'indépendance des personnes qui exercent le «pouvoir judiciaire» ou qui rendent la justice. Les constituants ont cependant parfois choisi de mentionner spécifiquement, outre l'indépendance du pouvoir judiciaire ou de la Justice, que les juges ne sont soumis qu'à la constitution et à la loi⁹⁴. Dans certains pays, la constitution fait mention des éléments fondamentaux de l'indépendance des juges; c'est notamment le cas de la constitution française et de la constitution belge qui traitent de l'inamovibilité de certains magistrats⁹⁵ ou du mode de nomination de ceux-ci⁹⁶.

Il est évidemment souhaitable que l'indépendance de la justice soit garantie au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, c'est-à-dire dans la constitution⁹⁷. Les termes utilisés par celle-ci pour désigner la Justice sont évidemment très significatifs de la place qu'elle occupe au sein de l'appareil étatique. La constitution de Madagascar, celles de la Moldavie et de la Suisse font mention de l'«autorité judiciaire» tout comme c'était le cas, en France, de la constitution de 1958; à la suite des modifications constitutionnelles de 1993, celle-ci affirme maintenant l'indépendance de la Justice sans aller toutefois jusqu'à reconnaître qu'il s'agit du troisième pouvoir dans l'État⁹⁸.

Dans certaines constitutions républicaines, le Président de la République, assisté d'un conseil supérieur de la magistrature⁹⁹, est le garant de l'indépendance de la justice. Ailleurs, c'est ce conseil qui est chargé de cette mission¹⁰⁰. Au Maroc, le Roi est l'autorité garante de l'indépendance de la justice. Il est assisté du Conseil supérieur de la Magistrature. La question qui se pose évidemment est celle de savoir si lesdits conseils sont véritablement indépendants du pouvoir exécutif et si, lorsqu'ils rendent des avis, ceux-ci s'imposent, en droit ou en fait, au Président de la République ou au Roi, selon le cas¹⁰¹.

Peu de constitutions contiennent une définition précise de l'indépendance judiciaire ou en décrivent les exigences de manière exhaustive¹⁰² de telle sorte qu'il faut s'en remettre à la loi¹⁰³, au droit supranational¹⁰⁴ ainsi qu'à la jurisprudence nationale¹⁰⁵ ou supranationale¹⁰⁶ pour déterminer l'ensemble des garanties objectives dont bénéficient les magistrats d'une part, et les institutions judiciaires d'autre part, dans un État donné.

Par ailleurs, la nature d'un tribunal ainsi que sa juridiction devrait être considérées lorsqu'il s'agit d'apprécier son indépendance ainsi que celle des juges qui y exercent leurs fonctions¹⁰⁷. L'approche contextuelle est à privilégier¹⁰⁸.

Plutôt que l'uniformité des normes, c'est le respect de l'essence même des garanties d'indépendance qui importe¹⁰⁹. Par exemple, l'exigence d'indépendance des magistrats du parquet, soumis au pouvoir hiérarchique d'un ministre, est évidemment moins étendue que celle qui se rapporte aux juges du siège¹¹⁰, même si certains États vont au-delà de ce qui est requis en accordant les mêmes garanties aux magistrats du parquet et aux magistrats du siège¹¹¹. Dans le même ordre d'idée, on ne saurait raisonnablement s'attendre à ce que des organes administratifs dont les décisions juridictionnelles s'intègrent au processus d'application des lois, comme il en existe au Canada¹¹², bénéficient des mêmes garanties d'indépendance par rapport au pouvoir exécutif que celles qui sont reconnues aux juges des tribunaux judiciaires; en revanche, l'exigence d'indépendance devient considérablement plus élevée lorsqu'il s'agit des juges et des juridictions qui contrôlent la légalité des actes de ces mêmes «tribunaux administratifs».

Notre propos étant de traiter des menaces qui proviennent de l'extérieur du pouvoir judiciaire, nous mettrons donc l'accent sur les interventions législatives et exécutives qui sont de nature à influencer négativement sur l'une et l'autre des composantes de l'indépendance, soit l'inamovibilité d'une part (1.1) et la sécurité financière ainsi que l'indépendance administrative des tribunaux d'autre part (1.2).

1.1 Le principe de l'inamovibilité est-il respecté dans son essence ?

La notion d'inamovibilité n'est pas toujours définie par les textes qui traitent de l'indépendance de la justice mais il ne fait aucun doute qu'elle en constitue un élément essentiel¹¹³. Dans son principe, elle signifie en premier lieu, qu'un magistrat du siège ne peut, même par voie d'avancement, être déplacé ou muté sans son consentement.

1.1.1 Les déplacements, les mutations et les promotions

Selon la constitution bulgare, les juges doivent exercer leurs fonctions durant cinq ans et être «certifiés» par décision du Conseil supérieur de la magistrature pour pouvoir se prévaloir de l'inamovibilité. Cette règle suppose donc que durant cinq années, un juge exerce ses fonctions dans une situation de précarité. Son indépendance n'est cependant menacée que si le Conseil supérieur de la magistrature n'est pas lui-même véritablement indépendant du pouvoir exécutif.

Il existe parfois des atténuations légales au principe du consentement des juges du siège en ce qui concerne les mutations lorsque celles-ci sont effectuées pour «commodités administratives»¹¹⁴. Pour éviter un usage abusif des «nécessités de service»¹¹⁵ ces mesures, qui constituent toujours des exceptions au principe de l'inamovibilité¹¹⁶, devraient être assujetties au contrôle, ou au moins à l'approbation préalable, d'un organe indépendant du pouvoir exécutif tel qu'un conseil de la magistrature. Quelle que soit son appellation, il importe que cet organe bénéficie d'une indépendance réelle par rapport au pouvoir exécutif.

1.1.2 Les mesures disciplinaires, la destitution

La garantie d'inamovibilité signifie aussi que pendant toute la durée de son mandat ou jusqu'au moment où il atteint l'âge de la retraite, si celle-ci est obligatoire à un moment fixé par la loi, un magistrat ne peut être démis de ses fonctions, sauf en raison de manquements aux devoirs qui se rattachent à celles-ci¹¹⁷.

Le principe de l'inamovibilité suppose aussi qu'il ne puisse subir de changement dans sa carrière à moins que ceux-ci résultent d'une faute commise dans l'exercice de ses

fonctions.

Parmi les États qui ont en partage l'usage de la langue française, seul le Cambodge ne dispose pas d'un ensemble de normes déontologiques que les magistrats doivent respecter sous peine de faire l'objet de sanctions disciplinaires. Cette carence est cependant momentanée puisque un Code contenant de telles règles est en cours d'élaboration. Dans les autres États mentionnés dans les réponses à la question 25¹¹⁸ du Questionnaire¹¹⁹, il existe soit un code de déontologie, soit des règles qui, énoncées dans des lois organiques ou encore découlant du serment prêté par les magistrats, peuvent être regroupées pour former un ensemble normatif auquel les juges et les instances disciplinaires sont en mesure de faire référence. Il faut noter cependant que ces règles sont généralement formulées en des termes dont la signification et la portée demandent à être précisées en relation avec la fonction judiciaire. Ainsi en est-il par exemple de l'obligation faite aux magistrats d'agir avec honneur, dignité et loyauté¹²⁰. Il revient en conséquence à l'autorité disciplinaire la responsabilité de déterminer, au cas par cas et selon le contexte, la signification concrète de ces termes.

Si on ne se préoccupe que des menaces externes susceptibles de compromettre l'effectivité du principe de l'inamovibilité, ce qui importe surtout est d'examiner l'ensemble du processus disciplinaire afin de s'assurer que les magistrats ne pourront faire l'objet de mesures arbitraires imposées en représailles par le pouvoir exécutif. Dans nombre de pays mentionnés dans les réponses à la question 24 du Questionnaire¹²¹, c'est le Conseil supérieur de la magistrature ou son équivalent qui possède le pouvoir décisionnel en matière disciplinaire. Le Tchad est un des États, avec le Canada, qui fait exception sur ce point dans la mesure où le Conseil n'est investi que d'un pouvoir de recommander des sanctions.

La question quant à l'indépendance du processus disciplinaire consiste dès lors à déterminer si, en fait, les autorités exécutives s'écartent parfois des recommandations du Conseil supérieur de la magistrature ou si l'autorité de ce dernier rend purement formel le pouvoir de l'exécutif de décider véritablement de la sanction. Au Canada, en ce qui concerne les juges nommés par le gouvernement fédéral, le Conseil supérieur de la magistrature peut faire une réprimande ou formuler un avertissement à l'endroit d'un juge mais il n'a qu'un pouvoir de recommandation en matière de destitution. C'est au gouvernement d'engager la procédure de destitution devant le Parlement fédéral. Au Québec ce qui concerne les juges de nomination provinciale, le gouvernement ne peut révoquer un juge que si la Cour d'appel a confirmé la recommandation du Conseil et la Cour suprême peut être appelée à confirmer à son tour ou infirmer cet avis¹²².

La composition de l'organe disciplinaire ainsi que le processus de désignation de ses membres sont de nature à renseigner quant à l'étendue de la garantie d'inamovibi-

lité dont jouissent les magistrats. La meilleure garantie dont ils puissent bénéficier résulte sans aucun doute du fait que l'organisme disciplinaire soit formé de juges désignés par leurs pairs. Parce que l'indépendance du pouvoir judiciaire n'intéresse pas uniquement les magistrats, des personnes extérieures à la fonction judiciaire peuvent en faire partie mais si l'exécutif nomme certains membres d'un tel organisme, ceux-ci ne devraient pas être en majorité. En outre, lorsque, comme c'est le cas dans certains pays, le Président de la République ou le ministre de la justice et garde des sceaux fait partie du Conseil supérieur de la magistrature ou de son équivalent, il ne devrait en aucun cas participer au processus disciplinaire¹²³.

La règle de l'inamovibilité est-elle atteinte lorsque le législateur supprime un tribunal ou le réorganise de telle manière que certains juges ne pourront plus y siéger? Bien sûr l'inamovibilité ne saurait être absolue sous peine d'empêcher toute réforme judiciaire, même lorsque celle-ci serait des plus nécessaires¹²⁴ ; mais lorsque les réformes ont des effets sur le principe de l'inamovibilité, elles devraient être motivées par des considérations très sérieuses. Des réformes qui visent à relever les qualifications des juges de certains tribunaux, par exemple, pourraient ainsi être compatibles avec le principe de l'inamovibilité même si certains magistrats qui sont en cours de mandat ne remplissent pas les nouvelles exigences et doivent dès lors cesser d'occuper leur siège. Surtout si les nouvelles qualifications sont déterminées par un organisme indépendant du pouvoir exécutif et en fonction de la juridiction du tribunal dans lequel ces juges sont appelés à siéger¹²⁵.

1.2 La sécurité financière des juges ainsi que l'indépendance administrative des tribunaux sont-elles assurées ?

La sécurité financière a une dimension à la fois individuelle et collective et il importe de considérer la manière dont elle est assurée tant pour les juges que pour les juridictions (1.2.1). Par ailleurs, l'indépendance des tribunaux se mesure aussi au degré d'indépendance administrative dont ils jouissent (1.2.2).

1.2.1 La sécurité financière est-elle adéquatement garantie?

Toute mesure législative ou exécutive ayant des incidences sur quelque aspect de la rémunération des juges d'une juridiction déterminée risque d'affecter le principe de la sécurité financière dans sa dimension institutionnelle.

Pour assurer la sécurité financière des juges et des institutions judiciaires, le droit des juges à un salaire et à des prestations de retraite ou autres avantages sociaux devrait être assuré et mis à l'abri des ingérences arbitraires de l'exécutif susceptibles de compromettre non seulement l'indépendance du juge individuellement, mais également

l'apparence d'indépendance de l'institution à laquelle il appartient¹²⁶. L'idée générale qui sous-tend cette proposition est que les rapports entre la Justice et les deux autres organes de l'État doivent être dépolitisés. La magistrature doit être soustraite aux débats politiques sur la rémunération des juges bien que ceux-ci soient payés à même les fonds publics.

La sécurité financière des juges et des juridictions est mieux assurée si le traitement des premiers est fixé par le corps législatif, plutôt que par le pouvoir exécutif, et s'il grève le budget national, plutôt que de faire l'objet d'une affectation de crédits annuelle. Si le salaire des juges doit être inclus annuellement dans le projet de budget présenté au parlement par le pouvoir exécutif, il est important alors de veiller à ce que ce dernier ne détermine pas arbitrairement les salaires et autres avantages financiers liés à la fonction, mais, et cela est tout aussi important pour l'apparence d'indépendance de la justice, que les juges n'aient pas à négocier directement avec l'exécutif pour les établir. Les syndicats de la magistrature ou les associations représentatives du corps de la magistrature ne devraient pas négocier le salaire des juges avec le gouvernement. L'indépendance de la Justice n'empêche pas que les associations ou syndicats de magistrats de faire des représentations quant aux salaires. Ce qui est important est que les justiciables n'aient pas le sentiment que les juges peuvent décider d'abandonner une part quelconque de leur indépendance en contrepartie d'un salaire et d'avantages qui leur conviennent.

La manière idéale de servir le principe de l'indépendance de la magistrature, est sans doute d'interposer entre le législateur, l'exécutif et les magistrats un organisme, lui-même indépendant des précédents, pour négocier les salaires des juges¹²⁷. La composition et l'indépendance de cet organisme conditionne sa crédibilité et si celle-ci est établie, ses recommandations ne pourront être écartées à la légère ni par l'exécutif, ni par le législatif¹²⁸.

Par ailleurs, le salaire fixé ne devrait pas être si bas que la confiance du public dans l'indépendance de la Justice serait compromise. Ce serait le cas si les magistrats étaient perçus comme étant vulnérables à la manipulation financière, de la part des autorités étatiques comme de la part des justiciables¹²⁹.

Il est difficile, compte tenu de la disparité des conditions économiques, d'évaluer la suffisance du traitement des juges dans chacun des pays ayant en partage l'usage du français, par rapport aux exigences de l'indépendance de la Justice. Des réponses fournies à la question 10 du Questionnaire soumis aux Hautes juridictions de cassation relativement à l'indépendance de la Justice dans leur pays d'origine¹³⁰, on peut cependant tirer une conclusion générale : les traitements des magistrats sont au moins égaux à ceux des fonctionnaires de rang équivalent¹³¹ et, dans bien des cas, largement supérieurs au salaire moyen de ces derniers¹³² ou du public en général¹³³.

1.2.2 *L'indépendance financière et administrative des tribunaux est-elle réelle ?*

Les tribunaux bénéficient-ils d'une autonomie financière et administrative suffisante pour être en mesure d'exercer leur mission sans interférence des autres corps de l'État ? Là est la question.

L'indépendance des tribunaux suppose que ceux-ci aient la maîtrise de tous les éléments de leur administration qui ont une influence directe sur l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles. Ainsi, l'assignation des juges à une cause¹³⁴, les séances du tribunal, la fixation du rôle ainsi que la durée du procès¹³⁵ devraient échapper au contrôle du pouvoir exécutif.

Les tribunaux devraient disposer d'un budget suffisant pour pouvoir exercer adéquatement leurs fonctions. La revendication d'une autonomie financière totale est cependant difficilement compatible avec le fait que des fonds publics sont en jeu. Bien que cette autonomie ne se justifie que dans la mesure où elle est nécessaire à l'exercice de la fonction juridictionnelle, on peut aisément concevoir que la limite entre ce qui est absolument nécessaire et ce qui est de l'ordre du souhaitable soit souvent difficile à établir.

L'autonomie financière des tribunaux est, dans certains pays, assurée par l'octroi aux tribunaux d'un budget autonome¹³⁶ mais plus fréquemment, ce n'est pas le cas. Pour que l'indépendance des tribunaux soit assurée, le vote du budget devrait comporter une procédure qui tienne compte de l'avis du pouvoir judiciaire. Le conseil supérieur de la magistrature ou tout organe équivalent devrait être invité à coordonner et préparer les demandes financières des tribunaux. L'important cependant, comme en matière de négociations des salaires des juges, est que la négociation sur le budget ne se fasse pas avec l'exécutif directement. On peut songer à un processus qui permettrait aux tribunaux de traiter de leur budget directement avec le législateur¹³⁷. Par ailleurs, il est clair que la suffisance du budget de la justice doit être évaluée par rapport à l'ensemble du budget de l'État et, pour chacun des tribunaux, en relation avec ses besoins propres.

2 - *L'impartialité de la justice est-elle menacée ?*

Des déclarations publiques de la part de députés ou de membres du gouvernement dénigrant le processus suivi dans le contexte d'une affaire en particulier constituent des atteintes graves au principe de la séparation des pouvoirs comme le faisait valoir le Centre pour l'indépendance des magistrats et des avocats de la Commission internationale des juristes dans une lettre adressée au Garde des sceaux et ministre de la justice de France, le 24 février 2004. Cette lettre faisait état des vives inquiétudes soulevées par les

commentaires de parlementaires et de membres du pouvoir exécutif concernant les décisions des juges du Tribunal de Nanterre dans l'affaire mettant en cause Alain Juppé, les critiques formulées pouvant être interprétées «comme constituant une forme de pression sur les juges»¹³⁸.

L'indépendance et l'impartialité sont des valeurs séparées; mais elles sont étroitement liées. L'indépendance des juges et des tribunaux renvoie à l'absence de lien de soumission envers le législateur et le gouvernement dans l'exercice de la fonction judiciaire. L'impartialité quant à elle, renvoie à un état d'esprit ou une attitude du juge faisant abstraction de toute autre considération que celle d'appliquer aux faits la règle de droit pertinente.

Ce sont des facteurs objectifs qui créent l'indépendance des juges et des tribunaux mais cette indépendance n'a de valeur que parce qu'elle établit certaines des conditions nécessaires pour assurer l'impartialité des décisions de justice en éliminant les possibilités d'ingérence du législateur et de l'exécutif. Mais elle ne suffit pas à elle seule à écarter toutes les interventions externes susceptibles de compromettre l'impartialité du juge dans une affaire précise, ou encore l'apparence d'impartialité de la juridiction au sein de laquelle il exerce sa fonction. Cette dernière occurrence est notamment susceptible de se produire si les justiciables ont des motifs raisonnables de croire que non seulement de manière ponctuelle, mais dans un grand nombre de cas, l'impartialité du juge peut être faussée en raison de certains facteurs qui sont relatifs à l'institution à laquelle il est rattaché. Les menaces que font planer les interventions externes sur l'impartialité de la justice sont de sources différentes et de nature variée; cependant, il convient, croyons-nous, d'accorder une importance particulière à certaines.

Le processus de nomination, de promotion et de récompenses, ou encore le processus de renouvellement de mandat peut être de nature à compromettre l'impartialité réelle ou apparente de la Justice (2.1).

Par ailleurs, certaines pressions provenant de l'environnement social, et plus particulièrement des médias d'information, peuvent aussi avoir une influence négative sur l'impartialité du juge de même que la possibilité de faire l'objet de poursuites par des plaideurs mécontents de ses décisions (2.2).

2.1 La nomination, la carrière du juge et le renouvellement de mandat : des occasions d'ingérence externe

Dans la grande majorité des États qui ont en partage l'usage du français, le processus de nomination des juges n'est pas susceptible de faire naître de soupçon raisonnable quant à l'indépendance d'esprit de ceux-ci. Dans les pays où il existe une

magistrature de carrière, par opposition à une magistrature issue des rangs de praticiens expérimentés comme c'est le cas au Canada, ou à une magistrature élue, comme en Suisse, la nomination initiale des juges dépend le plus souvent soit de la réussite à un examen d'entrée dans une école de la magistrature, soit du résultat d'un concours. Un recrutement sur examen ou sur concours organisé par un conseil supérieur de la magistrature est à cet égard des moins questionnables si toutefois cet organisme ne subit pas, en fait et en apparence, l'influence du pouvoir exécutif. La nomination des juges par l'exécutif sur recommandation dudit conseil l'est davantage à première vue si ce dernier doit recommander plusieurs candidatures pour un même poste¹³⁹.

Dans une telle hypothèse, la liberté de choix de l'autorité de nomination, bien que restreinte, est néanmoins certaine et on peut craindre que la personne nommée se sente redevable envers l'autorité qui l'a choisie. Au Canada, par exemple, le processus de nomination des juges a souvent fait l'objet de critiques¹⁴⁰. En Belgique, bien que le pouvoir de nomination appartienne au Roi sur présentation des candidats par le Conseil supérieur de la justice, celui-ci ne présente qu'un seul candidat pour chaque fonction vacante et c'est donc lui qui détient le réel pouvoir de nomination. Qu'un tel conseil détienne le pouvoir de nommer les juges ne signifie pas d'ailleurs que le processus de désignation soit soustrait pour autant à l'influence du pouvoir exécutif. En Bulgarie, par exemple, c'est bien le Conseil supérieur de la justice qui nomme les juges mais il est présidé par le ministre de la justice qui peut proposer des candidats et donner son opinion sur eux. Même s'il ne participe pas au vote, il est possible de supputer qu'il exerce une certaine influence au sein du conseil et cela d'autant plus qu'il soumet le projet de budget des tribunaux à ce même conseil lequel en discute, sous sa présidence.

Pour ne pas dégrader l'image de la justice, il importe que ceux qui sont nommés selon un processus susceptible de compromettre leur impartialité apparente, leur indépendance puisse se vérifier en ce qui concerne le déroulement de leur carrière; ils doivent être à l'abri des décisions arbitraires qui pourraient leur être imposées pour sanctionner une trop grande indépendance d'esprit ou le manque de soumission envers l'exécutif dont ils auraient fait preuve dans une affaire donnée ou dans plusieurs.

L'impartialité personnelle du magistrat peut parfois être mise en doute en raison des caractéristiques du processus de promotion¹⁴¹ et de renouvellement des mandats à durée limitée. La participation du pouvoir exécutif dans ce processus peut amener les justiciables à douter de l'indépendance d'esprit du juge qui, ils peuvent le supputer, espère le renouvellement de son mandat. C'est pourquoi, la Charte européenne sur le statut des juges précise que toute décision sur ce point devrait amener l'intervention d'une instance indépendante du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif comprenant au moins pour moitié des juges élus par leurs pairs¹⁴².

2.2 Les pressions de l'environnement social

Le juge est partie intégrante de l'environnement social dans lequel il évolue et il n'est pas souhaitable de l'isoler de celui-ci; la «bonne justice» est rendue par un juge qui est en phase avec la réalité.

Il est clair cependant que les droits et libertés qui sont reconnus aux autres membres de la société civile ne sauraient leur être reconnus sans restriction aucune. Le juge ne doit pas paraître vulnérable à certaines influences politiques, religieuses ou ethniques, ou encore d'ordre économique, susceptibles d'affecter son impartialité.

Les incompatibilités entre la carrière de juge et certaines fonctions et activités sont établies par la constitution ou par la loi afin de préserver l'autonomie décisionnelle des magistrats dans l'exercice de leurs fonctions. La maxime «*nemo debet esse iudex in propria sua causa*»¹⁴³ qui véhicule l'exigence d'impartialité signifie que le juge ne doit pas être en situation d'avoir à choisir entre ses intérêts personnels et les exigences de la justice. Les textes qui établissent les incompatibilités prévoient généralement et explicitement l'interdiction d'exercer des fonctions politiques ou d'appartenir à un parti politique. Sur ce point, la Suisse présente des particularités frappantes puisque, les juges fédéraux sont élus par le Parlement fédéral, lequel tient compte de critères culturels, des appartenances politiques et régionales des candidats et cela, dans le but d'assurer les justiciables que la justice sera rendue par un corps de magistrats représentatifs de la population, compte tenu de la diversité de celle-ci. Ainsi, les candidats sont présentés par les partis politiques. Il semble acquis cependant qu'une fois élus, les juges prennent leurs distances par rapport au parti politique qui a soutenu leur candidature. Le processus de désignation des juges au Liban est tout aussi troublant puisque le principe de la représentation confessionnelle y est en effet appliqué lors de la sélection des magistrats, bien que la constitution ait tenté d'éradiquer le confessionnalisme politique.

Le magistrat devrait rester libre d'exercer les activités extra-professionnelles de son choix, mais il est nécessaire qu'un équilibre soit établi entre ses droits en tant que citoyen et la sauvegarde de son indépendance et de son impartialité, non seulement dans une affaire donnée, mais plus largement, aux yeux d'un observateur informé et raisonnable¹⁴⁴. À cet égard, la participation à des activités politiques pose évidemment un problème et c'est pourquoi certains États ont instauré des incompatibilités entre la fonction de magistrat et le mandat politique. Les juges devraient éviter de participer à des débats publics de nature politique afin que soit préservée l'apparence de neutralité de la fonction juridictionnelle qu'ils exercent. Selon le Conseil consultatif des juges européens, le juge devrait néanmoins avoir la possibilité de participer à certains débats relatifs à la politique judiciaire de l'État; il devrait en particulier être consulté et s'impliquer activement dans le processus d'élaboration des dispositions législatives concernant son sta-

tut et plus généralement, le fonctionnement de la justice¹⁴⁵.

Dans plusieurs pays, les magistrats peuvent constituer des syndicats pour la défense de leurs intérêts¹⁴⁶. C'est le cas en Moldavie par exemple, ou encore en République Tchèque où la constitution garantit le droit à la syndicalisation. Au Bénin, la constitution d'une association de nature syndicale existe bien, mais les juges doivent affirmer leur indépendance par rapport à cet organisme pour ce qui regarde l'exercice de leurs fonctions. En France, le mouvement de syndicalisation des magistrats s'est manifestement renforcé au cours des décennies. Les membres de la commission d'avancement sont élus sur des listes syndicales. Dans certains pays cependant, la syndicalisation de la magistrature est interdite¹⁴⁷.

Les influences et pressions externes susceptibles de compromettre l'impartialité d'un juge sont de sources si diverses qu'il serait impossible de les mentionner toutes; nous croyons toutefois opportun de traiter sommairement de la relation des juges avec la presse ainsi que du régime de responsabilité applicable aux magistrats dans l'exercice de leur fonctions ou en raison de celles-ci.

Le soucis d'éliminer les risques de conflits d'intérêts justifie que soit interdit aux juges l'exercice de toute activité professionnelle susceptible de les conduire à exercer leurs fonctions juridictionnelles avec partialité.

Les solutions adoptées diffèrent selon les États mais le souci commun est de ne pas couper indument le juge de la société au sein de laquelle il exerce ses fonctions. La Charte européenne sur le statut des juges¹⁴⁸ prévoit que la liberté du juge d'exercer des fonctions extérieures ne peut être limitée que dans la mesure où celles-ci sont incompatibles avec la confiance en l'impartialité et l'indépendance du juge ou avec la disponibilité requise pour traiter avec attention et dans un délai raisonnable, les affaires qui lui sont soumises.

2.2.1 La liberté d'expression et l'impartialité de la justice

La liberté d'expression qui englobe la liberté de la presse est une des valeurs fondamentales de la société démocratique au même titre que l'indépendance et l'impartialité de la justice. La presse constitue pour les justiciables l'organe de surveillance quant au bon fonctionnement de la justice.

Dans une société démocratique, la justice ne saurait être secrète. Par principe, les magistrats rendent leurs décisions en public et sont par conséquent soumis eux-mêmes au jugement des justiciables. Mais comme ceux-ci ont rarement le loisir de fréquenter assidument les palais de justice; ce sont les journalistes qui deviennent alors leurs yeux et leurs oreilles¹⁴⁹. Dans la meilleure des occurrences, les commentaires de la presse ser-

vent à consolider la foi des justiciables dans l'État de droit. Mais la presse met parfois en évidence un grave dysfonctionnement de la justice comme ce fut le cas récemment en France avec l'affaire d'Outreau¹⁵⁰ à la suite de laquelle une révision de la justice pénale a été engagée¹⁵¹.

Paradoxalement, si la liberté d'expression et de la presse sert une valeur démocratique, elle constitue également un danger potentiel pour une autre de ces valeurs, soit l'impartialité de la justice.

Pour protéger la procédure judiciaire contre toute influence extérieure indue, il est nécessaire que les juges exercent un devoir de réserve dans leurs relations avec la presse. Ils doivent notamment éviter de communiquer leur opinion concernant les affaires en cours, ce qui pourrait apparaître comme un jugement rendu avant l'heure. Une pratique souhaitable est celle des communiqués de presse préparés soit par un juge chargé des communications soit par un porte-parole attaché au tribunal.

Mentionnons enfin que si la justice doit être impartiale, la presse devrait l'être aussi dans ses commentaires relatifs à une affaire en particulier ou à l'administration de la justice. Le régime de la responsabilité civile ou pénale du journaliste ou des personnes qui s'expriment dans les médias devrait refléter la nécessité d'établir un équilibre entre la liberté de l'information d'une part, et d'autre part, la préservation de l'impartialité de la Justice et de la considération dont elle doit jouir chez les justiciables¹⁵².

2.2.2 La responsabilité civile et pénale des juges

Les juges ne devraient pas craindre de faire l'objet de poursuites civiles ou pénales en raison des décisions qu'ils rendent de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions. Les erreurs qu'ils commettent, qu'il s'agisse d'erreurs quant à la compétence, à la procédure, à l'interprétation de la loi ou encore quant aux éléments de preuve, devraient faire l'objet soit d'un contrôle judiciaire ou d'un appel. Pour que l'injustice ne reste pas sans remède, lorsque la situation ne peut être redressée par voie judiciaire (en cas de délais excessifs imputables au juge par exemple), le justiciable mécontent devrait réclamer réparation en dirigeant son action contre l'État et non contre le juge.

En ce qui concerne l'immunité des juges en matière de poursuites civiles ou pénales, on peut constater que la situation varie au sein des États qui ont en commun l'usage du français. Dans les pays dont le système judiciaire est influencé par la common law, notamment au Canada et à l'Île Maurice, les juges bénéficient d'une totale immunité contre les poursuites en raison des actes dommageables accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. Précisons toutefois, en ce qui concerne le Canada, que l'infraction criminelle commise à l'occasion de l'exercice d'une fonction judiciaire ne peut être consi-

dérée comme étant commise dans l'exercice de ladite fonction. Une telle faute ne saurait par conséquent être couverte par l'immunité contre les poursuites du fait des décisions judiciaires puisqu'elle est commise en dehors de la compétence juridictionnelle du magistrat.

Lorsque, dans les réponses à la question 23 du Questionnaire concernant la responsabilité des juges¹⁵³, il est mentionné que les poursuites pénales contre les juges peuvent être entreprises dans les cas de forfaiture, d'abus de pouvoir, de concussion, de corruption ou de fraude, on ne peut en conclure que l'impartialité des juges soit menacée¹⁵⁴ par la possibilité de ces poursuites. Dans les États où la prise à partie est possible dans des cas semblables, on devrait pouvoir tirer les mêmes conclusions¹⁵⁵.

Dans un avis consultatif destiné au Comité des ministres du Conseil de l'Europe, le Conseil consultatif de juges européens fait valoir que, par principe, les juges devraient être absolument dégagés de toute responsabilité civile personnelle à l'égard de toute réclamation les visant directement et liée à l'exercice de leurs fonction. Le Conseil suggère que, pour les dommages découlant d'un acte accompli de bonne foi par le juge, l'État puisse être directement poursuivi. Il suggère également qu'une action récursoire contre le juge soit possible dans les hypothèses où l'inconduite grave de ce dernier a été établie à l'issue d'une procédure pénale ou disciplinaire.

La Charte européenne sur le statut des juges prévoit d'ailleurs la possibilité d'une action récursoire dans certains cas, notamment en cas de négligence grossière et inexcusable¹⁵⁶, sous réserve cependant que cette action soit autorisée par un organe indépendant comprenant un nombre substantiel de juges.

Lorsque la responsabilité de l'État peut être engagée pour le dysfonctionnement de la justice et lorsque celui-ci est imputable aux faits d'un juge, l'action récursoire est toujours possible¹⁵⁷. Mais il faut mentionner qu'elle est rarement entreprise.

* * *

Dans la plupart des pays qui ont en partage l'usage du français, la contribution des juges à l'instauration d'un pouvoir judiciaire indépendant et impartial a été majeure¹⁵⁸. Mais l'État de droit est une construction fragile dont la solidité doit être constamment éprouvée. C'est pourquoi, même dans les sociétés où la démocratie est considérée comme étant la plus achevée, il est primordial que les juges soient vigilants et qu'ils exercent, avec les moyens dont ils disposent et dont la suffisance peut être remise en question dans de nombreux pays, leur fonction de gardiens de l'État de droit.

Les exigences de l'indépendance et de l'impartialité des tribunaux sont maintenant

universellement admises; elles ont été explicitées dans des documents qui intéressent l'entière communauté internationale¹⁵⁹ et dans des documents à portée régionale comme la Charte européenne sur le statut des juges. Pour les États membres du Conseil de l'Europe, la jurisprudence de la Cour européenne constitue bien sûr une source de première importance lorsqu'il s'agit de circonscrire les impératifs de l'indépendance judiciaire¹⁶⁰. La Cour africaine des droits de l'Homme et des Peuples a été inaugurée par le septième sommet de l'Union Africaine (UA), qui s'est achevé le 2 juillet 2007, à Banjul, en Gambie. Ce tribunal emprunte bien des traits à la Cour européenne de justice et il faut espérer qu'elle saura exercer sa mission en toute indépendance. Quoiqu'il en soit sur ce point, dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, elle ne manquera certainement pas de considérer les décisions de la Cour européenne en cas de contestation relative à l'indépendance de la justice dans les États qui ont accepté sa juridiction.

78 Dans l'affaire *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 70, le juge en chef de la Cour suprême du Canada rappelait que l'indépendance judiciaire a été reconnue comme étant l'élément vital du caractère constitutionnel des sociétés démocratiques.

79 Le pouvoir arbitraire se distingue du pouvoir discrétionnaire en ce que le pouvoir décisionnel qui découle de ce dernier est «balisé» par la norme qui en autorise l'exercice. Dans un État de droit, l'acte discrétionnaire résulte toujours de l'exercice d'une «compétence». Le pouvoir arbitraire, pour sa part, ne dépend que de la volonté de celui qui l'exerce.

80 Canada, Sénégal, Suisse.

81 Albanie, Belgique, Bénin, Bulgarie, Burkina-Faso, Égypte, France, Gabon, Liban, Maroc, Mauritanie, Moldavie, Niger, Togo.

82 Au Canada, au niveau fédéral comme au niveau provincial, il existe des organismes administratifs qui sont appelés «tribunaux administratifs» parce qu'ils exercent des compétences juridictionnelles dans le processus d'application des lois. La légalité de leurs décisions est assujettie au contrôle des cours supérieures de justice.

83 C'est le point de vue de Hans KEKSEN : *What is Justice ? Justice Law and Politics in the mirror of Science*, University of California Press, Berkeley et Los Angeles, 1957.

84 Nous ressentons une injustice sans toujours être en possession de porter un jugement dit «éclairé» de la situation qui nous indigne. D'ailleurs, ne dénonce-t-on pas couramment une «injustice criante»?

85 Ce terme renvoie ici à toute règle de droit, quelle que soit sa situation dans la hiérarchie normative et pas seulement à l'acte adopté par le parlement.

86 Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977.

87 Dans les systèmes juridiques dits de common law, le juge peut élaborer des règles pour compléter la loi ou palier ses insuffisances. Lorsque cette règle est entérinée par le plus haut tribunal, elle devient une règle de droit au même titre que la loi en raison du fait que les tribunaux inférieurs ne pourront la méconnaître sans risquer que leur décision ne soit cassée par les tribunaux supérieurs. Si, en pratique, le juge ne peut écarter une règle de common law confirmée par un tribunal supérieur et si, par conséquent, il est lié par le *stare decisis*, il n'est pas, en théorie, lié par l'interprétation qu'un autre juge a donné à une règle de droit. Il le sera cependant, dans les faits, si cette interprétation a été faite par un tribunal supérieur.

88 Voir sur ce point la réponse de la Cour suprême de Mauritanie à la question de savoir quelles ont été plus grandes étapes vers une plus grande indépendance de la justice, Réponses au questionnaire du deuxième congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français, ci-après, le Questionnaire, p. 38.

89 C'est le cas notamment de l'Albanie, du Bénin, de la Bulgarie, de la Hongrie, de la Moldavie., de la Pologne, de la République Tchèque et de la Roumanie. Dans certains cas, l'indépendance de la magistrature reste cependant plus ou moins achevée.

90 Pour se conformer notamment à l'article 6 de cette convention.

91 Notamment, au Bénin, au Burkina-Faso, au Cameroun, en Guinée, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad et le Togo.

92 Bénin; Burkina; Cameroun; Égypte; Gabon; Liban; Mauritanie; Niger; Sénégal; Togo.

93 C'est le cas en Moldavie et en Roumanie.

94 Albanie; voir aussi les constitutions du Bénin (art. 126 al. 2), de la Bulgarie (art. 117 al. 2 et 3); de l'Égypte, (art. 166), du Gabon art. (68).

95 L'inamovibilité des juges du siège est, en France, énoncée dans l'article 54 de la Constitution ainsi que dans l'article 4 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958.

96 Article 151 par. 3 et 151 par. 3, 4e de la Constitution belge.

97 Au Canada, l'indépendance judiciaire est constitutionnellement garantie à la fois implicitement et explicitement. Le préambule de la Loi Constitutionnelle de 1867 dispose que la Constitution du Canada «repose sur des principes similaires à ceux du Royaume-Uni», ce qui a eu pour effet d'introduire dans la constitution des garanties relatives à l'indépendance judiciaire existantes au Royaume-Uni en 1867. Par ailleurs, la même Loi constitutionnelle de 1867 contient des dispositions concernant la création de la Cour suprême, le pouvoir de nomination des juges des cours supérieures provinciales, les qualifications qu'ils doivent remplir, la durée de leur fonction (jusqu'à l'âge de la retraite qui est fixée à 75 ans) la destitution (par le gouverneur-général, sur adresse des deux chambres du Parlement fédéral) le principe de la détermination de leur salaire. Ces garanties constitutionnelles sont complétées par la Charte canadienne des droits et libertés qui exigent que toute personne accusée soit jugée par un tribunal indépendant et impartial.

98 Avec la Constitution de 1991, le Mali a changé la désignation de la justice en remplaçant «autorité judiciaire» par celui de «pouvoir judiciaire». La Roumanie, fait usage des deux expressions : pouvoir judiciaire dans l'art. 1er, al. 4 de la Constitution à la suite d'une modification de 1991 et «autorité judiciaire» dans les autres dispositions constitutionnelles.

99 Notamment au Bénin, Burkina-Faso, Cameroun, Égypte, France, Gabon, Madagascar, Mali et Niger.

100 En Bulgarie, Moldavie et Roumanie, par exemple.

101 Au Canada, une autre monarchie constitutionnelle, les tribunaux sont les garants de leur propre indépendance.

102 La Constitution polonaise est cependant un des documents les plus explicites quant aux exigences concrètes de l'indépendance de la justice; voir la réponse de la Cour suprême de Pologne à la question 5 du Questionnaire (existe-t-il une définition de l'indépendance de la justice dans les textes et/ou la jurisprudence ? Si oui, quelle est-elle ?), supra, note 11, p. 59. Voir aussi les termes de la Constitution du Niger, mentionnés dans la réponse de la Cour suprême du Niger à la même question 5, p. 68.

103 De nombreux États ont déterminé le statut de la magistrature dans une loi, un code, un décret ou une ordonnance qui complète la constitution (Albanie, Belgique, Bénin, Burkina-Faso, Cameroun, Canada, France, Maroc, Moldavie Niger, Roumanie, Sénégal, Suisse, Togo).

104 Il s'agit notamment du Pacte relatif aux droits civils et politiques, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour les États qui y sont soumis ou encore de la Convention africaine des droits de l'homme. Tous ces textes traitent de l'indépendance judiciaire. Cependant, dans les États dits «dualistes», comme le Canada, les conventions internationales ne peuvent prévaloir sur des dispositions clairement incompatibles de la constitution ou de la loi. Dans un tel contexte, les instruments internationaux servent néanmoins à interpréter les textes.

105 Dans plusieurs États, la question de l'indépendance de la justice a engendré un contentieux important (France, Égypte, Maroc, Albanie, Bénin, Île Maurice, Niger, Roumanie) Le rôle de la jurisprudence a été primordial en Suisse et au Canada. Dans ce dernier État, c'est à une véritable construction jurisprudentielle de la notion d'indépendance judiciaire que la Cour suprême s'est livrée. Voir aussi la réponse de la Cour suprême du Togo à la question 5, (Existe-il une définition de l'indépendance de la justice dans les textes et/ou la jurisprudence), Questionnaire, supra, note 11, p. 62, ainsi que celle de la Cour suprême du Bénin, à la même question, p. 63. La Cour suprême de la République Tchèque souligne l'apport majeur de la jurisprudence à la construction du concept de l'indépendance de la justice. Il faut mentionner aussi des décisions du Conseil constitutionnel français ainsi que plusieurs décisions de la Cour suprême constitutionnelle d'Égypte et du Conseil constitutionnel marocain. Le principe de l'indépendance judiciaire a fait aussi l'objet de l'examen de la Cour constitutionnelle d'Albanie. Voir aussi OIF L'indépendance des juges et des juridictions, Bulletin n07, nov. 2006, p. 66-67.

106 La Cour européenne des droits de l'Homme a rendu un grand nombre de décisions se rapportant à l'indépendance judiciaire ainsi qu'à l'impartialité des décisions de justice.

107 Dans les États où les tribunaux administratifs constituent le prolongement de la fonction administrative, comme c'est le cas au Canada, l'indépendance des juges administratifs est plus restreinte que celle des juges des tribunaux judiciaires.

108 Voir les arrêts Canadian Pacific Ltée c. Bande indienne de Matsqui, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 83 et Thérien (Re), [2001] 2 R.C.S. 3, par. 65, où la Cour suprême du Canada explicite la nécessité de l'approche contextuelle pour apprécier les exigences de l'indépendance judiciaire.

109 Voir à ce sujet l'avis n01 du Conseil consultatif de juges européens (CCJE) à l'attention du Comité de Ministres du Conseil de l'Europe sur les normes relatives à l'indépendance et l'inamovibilité des juges, CCJE (2001) OP N0 1, par. 6.

110 Certaines garanties d'indépendance ne sont accordées qu'aux juges du siège notamment, la garantie d'inamovibilité. La dépendance du parquet par rapport au pouvoir exécutif est tempérée par la vigueur de la maxime «l'écriture est servie mais la parole est libre». Au Canada, il n'existe pas de distinction entre les catégories de juges. En matière criminelle, la poursuite est exercée par le Procureur général qui fait partie du pouvoir exécutif dont il est aussi le conseiller juridique principal. En cette qualité, il est responsable de la conduite des poursuites criminelles pour le compte de la Couronne et il est l'avocat de la Couronne en matière civile. En matière de poursuite, le procureur général possède le pouvoir discrétionnaire, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont présentés ou qui sont présentés à son mandataire, d'engager une poursuite ou de s'en abstenir dans un cas donné. Il n'existe pas de juges d'instruction au Canada; toutefois, en matière criminelle, un juge peut, dans certaines circonstances, présider une «enquête préliminaire» à l'issue de laquelle il se prononcera sur la question de savoir si les éléments de preuve réunis par le Procureur-général sont suffisants pour que l'inculpé soit traduit devant une juridiction criminelle.

111 C'est le cas du Liban notamment, de l'Égypte, de l'Île Maurice et de la Moldavie.

112 Supra, note 5.

113 Notons cependant qu'au Cameroun l'inamovibilité a été supprimée des textes et au Mali, le principe signifie qu'un magistrat du siège ne peut être muté pendant 3 ans : OIF L'indépendance des juges et des juridictions, Bulletin n07, nov. 2006, p 83.

114 Ce qui est possible en Mauritanie par exemple. Au Mali, le déplacement d'un magistrat du siège pour des nécessités du service se fait sur avis conforme de Conseil supérieur de la magistrature ce dernier intervient aussi au Maroc dans les mêmes circonstances.

115 Voir la réponse de la Mauritanie à la question 13 (Quelle est la teneur, s'il y en a, des règles restrictives tenant à un nombre limité d'années pouvant être passées dans une fonction et/ou dans un lieu géographique), Questionnaire , supra , note 11, p. 164.

116 Ces mesures sont parfois limitées dans le temps comme c'est le cas en Albanie, en République Tchèque et au Sénégal.

117 Les devoirs des magistrats doivent être par conséquent très clairement déterminés.

118 Cette question est la suivante : Quelles sont les règles de déontologie de l'indépendance enseignées dans la formation des juges ?

119 Supra, note 11, p. 305.

120 Voir la réponse de la cour suprême du Cameroun à la question 25 (Quelles sont les règles de déontologie de l'indépendance enseignées dans la formation des juges?), p. 306; voir aussi la réponse de la Cour suprême du Maroc à la même question 25, p 308.

121 La question 24 se lit ainsi : Quel est le régime disciplinaire des juges (procédure disciplinaire, sanctions encourues) ? Comment l'indépendance y est-elle garantie ? Questionnaire, supra, note 11, p. 291.

122 Voir la réponse globale du Canada au Questionnaire, supra, note 11, p. 368-369.

123 En France, au Burkina-Faso, au Sénégal et au Tchad, le Président de la République et le ministre de la justice et garde des sceaux sont effectivement exclus de l'instance disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature. Au Cameroun, ainsi qu'au Mali, le chef de l'État préside l'instance disciplinaire ce qui laisse place à un questionnement relatif à l'indépendance de l'organisme et à l'impartialité du processus décisionnel.

124 Au Maroc, par exemple, la loi de 1974 formant statut de la magistrature prévoit que lors de la suppression d'un tribunal, les magistrats peuvent recevoir une nouvelle affectation.

125 Dans l'arrêt *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, la Cour suprême du Canada en a décidé ainsi à la majorité.

- 126 La Cour suprême du Canada a mis cet aspect de l'indépendance judiciaire en lumière dans *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673.
- 127 C'est la solution retenue au Canada. Voir *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3; Au niveau fédéral, la Loi sur les juges prévoit que l'organisme doit considérer certains facteurs en faisant son examen et en formulant ses recommandations; voir la réponse globale du Canada au Questionnaire, supra, note 11, p. 365 et s.
- 128 Puisque le principe de l'indépendance de la Justice sert à la fois la séparation des pouvoirs et la primauté du droit, les tribunaux qui exercent le contrôle de constitutionnalité pourront être saisis. Il ne s'agit pas pour eux, bien sûr, d'exercer un contrôle d'opportunité mais de s'assurer du sérieux des objections qui se rapportent aux recommandations. Voir *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau Brunswick c. Nouveau Brunswick (Ministre de la Justice)*; *Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)*; *Bodner c. Alberta*; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*; *Minc c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 286.
- 129 L'article 118 de la Constitution du Togo mentionne que la rémunération des magistrats doit être conforme aux exigences d'indépendance et d'efficacité.
- 130 La question 10 est ainsi formulée : Quels sont les éléments et les modalités de rémunération des juges (assimilation aux fonctionnaires, grille des traitements, primes, avantages en nature) ? Voir Questionnaire, supra, note 11, p. 121 et s.
- 131 Liban. Madagascar (pas de différence significative); Mauritanie (mieux qu'un agent public de rang équivalent); Roumanie.
- 132 Cambodge (10 fois supérieur); Cameroun; Hongrie; Île Maurice (légèrement supérieure); Maroc (le double environ); Rwanda; Tchad; Togo.
- 133 Albanie (2/3 supérieur); Bénin (3 fois supérieur), France (1 fois ½).
- 134 La Cour suprême du Canada a décidé qu'un juge n'a pas de comptes à rendre quant aux motifs qui sous-tendent la formation d'un banc pour décider d'une affaire déterminée. Il ne peut, à cet égard, être contraint de témoigner : *McKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796.
- 135 Voir à ce sujet la décision de la Cour suprême du Canada dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobias*, [1997] 3 R.C.S. 391.
- 136 Albanie; Bulgarie.
- 137 Un obstacle possible à cet égard peut découler de la constitution lorsque celle-ci réserve au gouvernement l'initiative exclusive en matière budgétaire, comme c'est le cas au Canada où les chambres du Parlement ne peuvent se prononcer que sur le budget présenté par le gouvernement (art. 54 et 90 de la Loi constitutionnelle de 1867).
- 138 Centre pour l'indépendance des magistrats et des avocats, lettre à Monsieur Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 23 février 2004. Rappelons également que la Présidente de la quinzième Chambre correctionnelle du Tribunal de Grande instance de Nanterre affirmait qu'avant et durant le procès de Monsieur Alain Jupé dans l'affaire des emplois fictifs, les ordinateurs des juges avaient été fouillés et leurs lignes téléphoniques mises sous écoute. Pour étudier le bien-fondé de ces allégations, le gouvernement français a mis sur pied une commission d'enquête administrative ad hoc sans que le Conseil de la magistrature ne soit consulté ce qui fut également dénoncé par la Commission internationale des juristes comme une atteinte grave à l'indépendance et à l'impartialité de la justice.
- 139 C'est le cas en Haïti. Voir la réponse de la Cour de cassation de cet État à la question 8 (Comment sont recrutés les juges? Quels sont les critères de sélection?) Questionnaire, supra, note 11, p. 98.
- 140 Voir la réponse globale du Canada au Questionnaire, supra, note 11, p. 366 et s.
- 141 La Charte européenne sur le statut des juges traite du système de promotion qui n'est pas basé sur l'ancienneté (par. 4.1). Pour une critique de ce système, voir l'avis n01 du Conseil consultatif des juges européens (CCEJ), supra, note 32, par. 29.

142 L'intervention dont il est question, comprend un avis, une recommandation ou une décision. Il faut noter que sauf en République Tchèque, un tel organisme existe dans chacun des pays mentionnés dans les réponses à la question 8 du Questionnaire, supra, note 11, p. 91 et s. mais sa composition est variable. Au Canada, le Conseil de la magistrature n'intervient pas en matière de nominations : voir la réponse du Canada au Questionnaire, p. 366 et s.

143 Celle maxime latine peut être traduite ainsi : nul ne peut être juge dans sa propre cause.

144 Le juge de la justice est, selon les termes employés par le Conseil consultatif des juges européens (CCJE), l'«observateur informé et raisonnable». Au Canada, il s'agit d'une personne «raisonnable et bien informée».

145 CCJE, Avis n03, (2002)OP3F p. 6.

146 C'est le cas en Moldavie par exemple, ou encore en République Tchèque où la Constitution garantit le droit à la syndicalisation. Au Bénin par exemple, la constitution d'une association de nature syndicale existe bien, mais les juges doivent affirmer leur indépendance par rapport à cet organisme pour ce qui regarde l'exercice de leurs fonctions. En France, le mouvement de syndicalisation des magistrats s'est manifesté renforcé au cours des décennies. Les membres de la commission d'avancement sont élus sur des listes syndicales.

147 Au Liban, en Pologne, au Sénégal et au Canada, la Constitution interdit l'affiliation des juges aux organisations syndicales.

148 Cette charte a été rédigée par les participants à la réunion multilatérale sur le statut des juges en Europe, organisée par le Conseil de l'Europe les 8 - 10 juillet 1998. Elle est destinée à préciser la signification concrète de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme; elle tient compte Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature approuvés par l'Assemblée générale des Nations Unies en novembre 1985 et se réfère à la Recommandation n° R (94) 12 du Comité des Ministres aux États membres sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges et ayant fait leurs objectifs qu'elle exprime La valeur de cette Charte ne résulte pas d'un statut formel qu'elle n'a pas, mais de la pertinence et de la force que ses auteurs ont entendu donner à son contenu.

149 Il se peut que dans certaines circonstances définies par la loi, notamment lorsque des mineurs sont en cause, la presse ne puisse rapporter les éléments qui permettraient d'identifier ces derniers.

150 Voir la réponse de la Cour de cassation de France à la question 30 du Questionnaire (La justice a-t-elle été gravement mise en cause ces dix dernières années ? Si oui, à quelle occasion et quelle a été l'issue de ce ou ces événements) supra, note 11, p. 348-349.

151 On ne saurait toutefois omettre de mentionner le rôle ambigu de la presse qui après avoir vilipendé les accusés a vilipendé le juge d'instruction sans pour autant mettre en question sa propre responsabilité dans le déroulement des événements.

152 Voir sur ce point les réponses à la question 14 (Comment est assurée l'indépendance de la justice à l'égard du ou des environnements suivants, s'il y a lieu...a) de la presse écrite et audiovisuelle ?) en ce qui concerne la Hongrie, la Mauritanie et le Niger. Voir aussi la réponse de la Cour suprême du Mali à la même question, Questionnaire, p. 169 et s.

153 Questionnaire, supra, note 11, p. 273 et s.

154 En Albanie, en Hongrie, en Mauritanie, en Moldavie et en Suisse et en République Tchèque, Sénégal, Tchad, la poursuite pénale doit parfois faire l'objet d'une autorisation préalable du Conseil supérieur de la magistrature, du Président de la République ou du Parlement dans d'autres cas.

155 Burkina-Faso; Cameroun; Haïti, Maroc, Mauritanie,

156 Le Conseil consultatif des juges européens ajoute que l'acte reproché au magistrat doit avoir été volontaire.

157 C'est le cas au Bénin, en Bulgarie, au Burkina-Faso, en Égypte, en France, en Guinée, en Hongrie, au Mali, au Maroc, en Mauritanie, au Niger, en République Tchèque, en Roumanie, au Sénégal, au Tchad et au Togo.

158 Voir sur ce point les réponses à la question 4 du Questionnaire qui se lit comme suit : Sur le plan historique, quel a été, s'il y en a eu un, le rôle des juges ou des avocats dans les progrès de l'indépendance de la justice ? Questionnaire, supra, note 11, p. 45 et s.

159 Notamment la Déclaration de l'O.N.U. de 1985 relative aux principes fondamentaux de la magistrature.

160 Voir: Guy CANIVET, Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales Eloge de la «bénévolence», publié sur le site de l'AHJUCAF. <http://www.ahjucaf.org/> .

Débats

Modérateur : l'Honorable Louis LEBEL, juge à la Cour suprême du Canada, trésorier de l'AHJUCAF

A la suite de l'Honorable Louis Lebel, l'ensemble des intervenants a vivement salué la qualité de l'intervention de Madame Nicole Duplé, en appuyant globalement ses analyses, notamment sur la problématique des relations avec la presse, face à laquelle le juge peut être mis en difficulté sur certains dossiers très médiatisés. Cette question de la liberté d'expression est particulièrement sensible dans les pays où la presse dite indépendante est encore jeune et où elle est plus susceptible de perturber le cours normal de la justice. Face à ces dérives et aux demandes des acteurs du domaine de la presse visant la dépenalisation du délit de presse, il est nécessaire de trouver un moyen de concilier les droits et devoirs de chacun, et de mettre chacun face à ses responsabilités. Il a toutefois été souligné que l'influence des médias peut aussi être positive, par la dénonciation des pratiques ou des situations contraires aux règles et au droit, qui contribue aussi à la défense de l'indépendance de la Justice et au renforcement de l'Etat de droit et de la démocratie.

La question a été posée de savoir si l'appréciation de l'indépendance de la Justice se mesurait à l'aune de l'opinion publique ou de l'exécution de la Justice, sachant que l'élément principal de cette indépendance réside dans la conscience du juge, qui est par essence secrète et individuelle. La vraie menace pesant sur le juge serait alors l'opinion politique, qui est elle-même sous influence de l'opinion publique.

Evoquant l'obligation d'impartialité, certains se sont interrogés sur la possibilité pour un membre du ministère public d'être soumis à ce principe, compte tenu des liens hiérarchiques directs existant.

Répondant à ces interventions, Madame Duplé affirme que l'opinion publique ne doit pas être prise en compte dans les décisions de justice et que le juge, même s'il doit être un homme ou une femme de son temps, se doit d'être « imperméable » à cette opinion. Elle réaffirme cependant que l'exercice de cette fonction n'est pas facile eu égard aux fortes dimensions politiques et sociales qu'elle comporte. S'agissant des magistrats du parquet, elle considère que les liens hiérarchiques ne doivent pas entraver leur devoir d'indépendance dans l'exercice de leur fonction.

Toutefois certains principes comme l'inamovibilité et les procédures liées aux sanctions ne peuvent s'appliquer dans les mêmes conditions. Evoquant la question de la presse, elle indique qu'il n'y a pas de solution unique, mais qu'il faut rechercher l'équilibre entre son rôle et celui de la Justice, pour éviter que ces deux valeurs démocratiques fondamentales n'entrent en conflit. Il faut cependant réguler la presse si sa liberté porte atteinte à l'intégrité du système judiciaire, en fonction de la situation et de la pratique

de chaque pays, en ayant pour règle de base que la liberté de la presse s'arrête là où l'indépendance de la Justice risque d'être inefficace ou son prestige mis en cause.

Au terme de ces échanges, le président de séance salue toutes ces contributions sur ce sujet large et riche, échanges qui devront se poursuivre en vue du renforcement de la vigilance des juges sur toutes les formes de menace susceptibles d'entraver leur indépendance.

Les protections de l'indépendance

Sous-thème 1 :
Les protections statutaires
et matérielles

Président de séance
Monsieur Driss DAHAK,
Premier président de la Cour suprême du Maroc,
Président honoraire fondateur de l'AHJUCAF

*Monsieur Gábor SZEPLAKI-NAGY,
Conseiller référendaire à la Cour suprême de Hongrie, directeur de cabinet de la
présidence*

L'existence d'une justice indépendante est fondamentale dans toute société démocratique et constitue un objectif que tout Etat de droit doit aspirer à atteindre. L'indépendance des juges est un des piliers sur lesquels repose l'Etat de droit.

L'importance de cette question est démontrée par le fait que les principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature ont fait l'objet d'une Déclaration adoptée par les Nations Unies en 1985, et que dans le cadre du Conseil de l'Europe, cette question de l'indépendance judiciaire a elle aussi examinée, entre autres par la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, dont l'article 6 paragraphe 1 dispose ainsi:

“Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi.”

En outre de ces documents, la Charte africaine des Droits de l'Homme et des peuples contient également une disposition sur l'indépendance judiciaire dans son article 26:

“Les Etats parties à la présente Charte ont le devoir de garantir l'indépendance des Tribunaux ...”

S'agissant de la notion d'indépendance, il faut reconnaître qu'elle est bien difficile d'approcher. Bien sûr, lorsqu'on évoque l'«indépendance de la justice», on pense, a priori, à ses rapports avec le pouvoir exécutif. Dans les systèmes démocratiques, les systèmes judiciaires peuvent présenter des différences assez marquées d'un pays à l'autre.

Mais on peut dire que tout système judiciaire dans un cadre démocratique doit viser à ce que deux objectifs soient satisfaits:

- celui de l'indépendance des juges, condition indispensable de l'indépendance de la justice elle-même;
- celui de la compétence professionnelle des juges, condition indispensable de l'efficacité, de la qualité de la justice. La nécessaire indépendance de la justice est en relation directe avec sa qualité. Il n'est ni utile ni souhaitable que la justice soit indépendante des autres pouvoirs si elle n'a pas les vertus qui la qualifient pour accomplir sa mission.

On pourrait être tenté de dire que la notion d'indépendance est surtout liée au sys-

tème institutionnelle de la justice, et que celle de compétence professionnelle est liée à sa mission de service public, mais la séparation entre ces deux notions n'est en réalité pas si tranchée: deux personnes privées opposées par un litige très ordinaires ont besoin d'être convaincues que le juge qui va les départager est indépendant.

A coup sûr, la reconnaissance de l'étendue des missions de toute nature qu'ils sont dans le cas d'assumer, implique que soient donnés aux magistrats les moyens de les remplir. On ne peut concevoir une justice indépendante si elle ne dispose pas du personnel et des outils intellectuels, économiques, statistiques et financiers permettant de faire face avec intelligence aux problèmes qui lui sont posés.

Pour atteindre l'indépendance des juges, il faut partir du principe de séparation des pouvoirs, que nous traitons en premier, car l'indépendance des juges est liée étroitement avec lui.

La notion d'Etat de droit exprime la dominance du droit, dont le centre est l'homme et ses droits, lesquels sont garantis par les juges et les tribunaux. Mais, pour sauvegarder la liberté et la tranquillité du citoyen, il ne suffit pas d'organiser un pouvoir judiciaire indépendant du pouvoir exécutif, ni de prendre des précautions pour que le juge soit effectivement indépendant, impartial, sans préjugés lorsqu'il examine les données d'un conflit. Il faut encore que ce conflit soit effectivement soumis au juge. Afin que le juge puisse assumer cette tâche selon les exigences de l'Etat de droit, il doit être indépendant.

Une précision s'impose immédiatement. Un juge indépendant n'est pas libre de faire ce qui lui plaît, ou même ce qui lui semble utile au bien de l'Etat ou de ses concitoyens. S'il est indépendant, c'est par rapport aux autres pouvoirs. Mais il est lié à la loi. La volonté de l'Etat et ses moyens d'organiser la paix publique s'expriment par des textes généraux abstraits que le juge est chargé d'appliquer aux situations concrètes qui lui sont soumises. Il est chargé de dire le droit, dans le cadre de ce que l'on appelle précisément la juridiction. Il n'a pas à inventer le droit selon ses opinions personnelles ou en faisant prévaloir son point de vue individuelle. Il doit rechercher la volonté du législateur, qu'elle soit clairement exprimée ou qu'elle puisse être déduite d'une interprétation des règles écrites ou non écrites. L'indépendance du juge n'a de valeur que si elle permet au juge d'appliquer la loi de manière égale pour tous, ce qui est une des conditions essentielles de la paix publique dont l'Etat est responsable. L'indépendance prise dans son acception la plus large, elle est perçue comme la liberté dont doit bénéficier tout magistrat vis-à-vis de qui que ce soit lorsqu'il remplit sa mission de dire le droit.

Je me propose donc de traiter les différentes questions qui se rapportent aux garanties institutionnelles, législatives et institutionnelles de l'indépendance de la justice,

au travers des réponses au questionnaire qui nous servirons en quelques sortes de guide.

1) La définition de l'indépendance de la justice (question 5)

Pour suivre la méthode du questionnaire, il faut partir de la question n°5. Tout d'abord nous devrions examiner s'il existe une définition de l'indépendance de la justice dans les textes et/ou dans la jurisprudence.

Dans la plupart des pays c'est la constitution qui contient la définition de l'indépendance de la justice (Albanie, Belgique, Bénin, Bulgarie, Cambodge, Egypte, Ile Maurice, Madagascar, Maroc, Rwanda, Sénégal, Tchad, Togo).

On trouve des autres pays où il n'existe pas du tout de définition de l'indépendance de la justice (Burkina-Faso, Cameroun, Guinée, Niger, République Tchèque).

En Mauritanie n'existe non plus une définition textuelle de l'indépendance de la justice, mais les juges dans l'exercice de leurs fonctions ne sont soumis qu'à l'autorité de la loi et le Président de la République, Président du Conseil Supérieur de la Magistrature est le garant de l'indépendance de la justice.

En Roumanie on trouve les différents textes qui fondent l'indépendance des juges, sans donner une définition concrète sur l'indépendance de la justice.

La réponse de la France à cette question mérite de la citer: «Les garanties d'indépendance du juge, principe non défini, sont en droit français, dominée par le principe d'inamovibilité des juges du siège ». En fait, la portée politique de ce principe est indirectement commandée par des règles légales qui en sont le complément indispensable et qui concernent, d'une part l'avancement, et d'autre part la discipline.

Le principe de l'inamovibilité doit être compris en ce sens que le juge ne peut faire l'objet d'une mesure individuelle quelconque prise à son encontre par le Gouvernement (révocation, suspension, déplacement, mise à la retraite prématurée), en dehors des cas et conditions prévus par la loi. Il ne peut être muté géographiquement, même en avancement, sans son consentement ».

Il faut mentionner qu'en France le principe d'inamovibilité est proclamé à deux reprises: une première fois dans la Constitution elle-même, une seconde fois dans une ordonnance de 1958.

Regardons les autres exemples, on trouve que la Constitution d'Haïti emploie le même terme concernant l'indépendance de la justice: l'inamovibilité.

Il y a des pays où d'une certaine manière c'est la jurisprudence qui établit l'indépendance de la justice. En Hongrie et au Liban c'est la jurisprudence de la Cour constitutionnelle d'où découle l'indépendance de la justice. En Suisse un arrêt de 2002 du Tribunal fédéral a défini l'indépendance de la justice.

En Moldavie ce sont les réglementations et des mécanismes concrets qui assurent l'indépendance de la justice.

En Pologne on fonde l'indépendance de la justice « sur la séparation et équilibre entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire » selon les termes de la Constitution.

2) Les textes qui fondent l'indépendance de la justice et quelle est leur valeur (question 6)

Comme nous avons vu en examinant la question précédente aussi, on y trouve également que dans la plupart des cas le texte qui fonde l'indépendance de la justice, c'est la Constitution. Des autres textes concernant le pouvoir judiciaire, le statut de la magistrature, l'organisation et le fonctionnement de la justice, ou bien dans beaucoup de pays sont surtout des textes législatifs.

Dans certains pays, comme la France aussi, se trouvent dans une loi organique les règles garantissant l'indépendance de la magistrature.

Nous devons y rendre compte avec les textes internationaux également. Le rapport libanais y mentionne le préambule de la Constitution qui proclame l'adhésion du Liban à l'ONU et son engagement au respect de ses chartes et notamment la Charte universelle des Droits de l'Homme. De même, le Liban a adhéré aux Principes Fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature adoptés en 1985 à Milan.

Nous pouvons ainsi conclure que la valeur des textes qui fondent l'indépendance de la justice est autant constitutionnelle que législative.

Le deuxième volet de l'indépendance de la justice, outre les garanties statutaires, c'est le rôle spéciale du juge dans une société démocratique, la nature même de sa tâche, font qu'il est différent d'un fonctionnaire public, le transforme en titulaire du pouvoir judiciaire, au même niveau que les deux autres pouvoirs, l'exécutif et le législatif.

Ce rôle spécial implique un statut spécial du juge, non pas comme un privilège personnel pour son propre profit, mais comme une garantie pour atteindre les buts de sa fonction.

En suivant le questionnaire nous pouvons recenser les conditions inséparables de l'indépendance judiciaire. Ces conditions lesquelles examineront de plus près sont:

- le recrutement ou la sélection des juges (question 8);
- la formation (question 9);
- la rémunération (question 10);
- le budget de la justice (question 11);
- la nomination du juge (question 20);
- la carrière du juge (question 21);

3) La sélection des juges (question 8)

On peut distinguer deux grandes conceptions de la sélection des juges qui se déclinent à travers une grande variété de systèmes.

Suivant une première conception, les juges sont recrutés parmi des personnes qui peuvent faire valoir une expérience professionnelle plus ou moins importante.

Suivant une deuxième conception, les juges sont recrutés parmi de jeunes diplômés issus de l'université, mais dépourvus d'expérience professionnelle proprement dite.

Il est difficile de départager les deux conceptions, qui sont d'ailleurs simultanément mises en œuvre dans certains pays.

Dans d'autres pays on a écarté l'élection pour se tourner vers des systèmes d'appréciation « objectif » des mérites. Il s'agit de recrutement par la voie d'examens professionnel ou de concours. Les candidats sont soumis à certaines épreuves et leurs résultats sont appréciés.

Le recrutement par concours est suivi largement par la majorité des membres de l'AHJUCAF. Comme le rapport français l'énonce : « Le principe de recrutement par concours favorise le recrutement de magistrat jeunes. L'entrée dans la magistrature est subordonnée, comme dans les cadres de la fonction publique, à la réussite d'un concours national. Celui-ci permet d'assurer d'une part, l'égalité des chances dans l'accès à la profession de magistrat et d'autre part, un bon niveau de base des personnes recrutées. Il faut souligner aussi qu'en France, un magistrat n'est pas en principe recruté à temps, mais à vie. La formation initiale est, en conséquence, un investissement important qui facilitera le déroulement de la carrière du magistrat. Par ailleurs, l'évolution de celle-ci se trouve facilitée par la formation continue, même si elle est conçue comme un droit plus que comme une formation qualifiante ».

En France il y a la possibilité également d'entrer dans le corps de la magistrature sans passer le concours, car il existe l'intégration directe des personnes qui ont déjà une activité professionnelle qui les qualifie particulièrement pour les fonctions judiciaires.

En Bulgarie et en Hongrie les personnes ayant un diplôme de droit, après avoir suivi une formation initiale et après un stage judiciaire, peuvent être nommés juges en première instance.

Certains pays connaissent le recrutement sur titre aussi, comme la France, Burkina-Faso, le Sénégal.

Nous trouvons également certaines spécificités dans le recrutement des juges, comme cela démontre le cas de la Suisse. En raison de la diversité linguistique, religieuse et culturelle de la Suisse, les juges fédéraux sont choisis en fonction de critères relatifs à leur origine cantonale, à leur langue maternelle ainsi qu'à leur appartenance politique afin de refléter les divers courants d'opinion ayant cours au sein de la population.

Permettez-moi de mentionner à ce propos qu'en Hongrie a cause de notre histoire assez récente, c'est la Constitution même qui contient l'interdiction pour les juges d'appartenance à un parti politique.

Le Canada suit la tradition anglo-saxonne. La Constitution canadienne et les parlements confient aux gouvernements le pouvoir de nommer les juges. La Constitution n'énonce qu'une condition d'admissibilité à un poste de juge: les candidats aux cours supérieures doivent être membres du Barreau de la province pour laquelle ils sont nommés. Dans le cas des juges de nomination fédérale, le législateur a prévu une condition supplémentaire: le candidat doit être membre du Barreau ou être juge depuis au moins dix ans. En ce qui concerne la nomination des juges de la Cour suprême du Canada, elle a été récemment réformée pour lui conférer un plus haut niveau de transparence.

On se demande si la procédure de sélection doit-elle comporter un test psychologique? Cette question peut paraître délicate. Pourtant, certains pays mettent en œuvre de tels tests. Aussi voit-on pratiquer des formules d'appréciation du comportement plus superficielles (conversation du candidat avec le jury ou la commission de recrutement), ou bien des formules d'appréciation in concreto, en situation judiciaire réelle, dans le cadre d'une formation de probatoire avec un stage en juridiction.

4) La formation (question 9)

La majorité des pays connaissent deux types de formation: la formation initiale et

la formation continue. En générale la formation initiale des auditeurs de justice est obligatoire, par contre la formation continue est facultative.

En tout état de cause, la formation continue doit accompagner le juge tout au long de sa vie professionnelle, afin de lui permettre d'entretenir ses connaissances, d'en acquérir de nouvelles, surtout lorsqu'il change de fonction, et de continuer à s'informer sur l'évolution économique, sociale et culturelle du monde contemporain. Il serait souhaitable que le droit des juges à la formation continue soit consacré par leur statut.

La durée de la formation initiale se varie selon les pays. En France c'est trente et un mois, réduits à vingt-huit mois pour les auditeurs de justice recrutés sur titre. En Hongrie c'est trois ans. En générale on peut dire que la formation comporte des périodes de scolarité commune, et des stages pratiques individuels.

Il existe des écoles de formation des juges dans certains Etats, avec de programme d'enseignement théorique et pratique. Chaque école donne un contenu propre au programme établi par son gouvernement ou bien par le Conseil supérieur de la magistrature.

On a évoqué déjà que le Canada suit le système anglo-saxon. Donc selon cette tradition n'existe pas au Canada de formation officielle ou obligatoire des juges avant leur nomination. Une fois en poste, ces derniers ont toutefois l'accès à une gamme de programmes de plus en plus diversifiés portant sur tous les aspects de la fonction de juge, ainsi que sur divers domaines du droit. Après de dix ans de service, les juges de nomination fédérale sont aussi admissibles à un congé sabbatique de six mois.

5) La rémunération (question 10)

La rémunération des juges doit les mettre à l'abri des pressions et de la corruption. Un juge placé matériellement dans la pauvreté, ou dans la gêne, sera difficilement indépendant.

Permettez-moi de citer à ce propos la Charte européennes sur le statut des juges. Elle prévoit que l'exercice à titre professionnel des fonctions judiciaires donne droit à une rémunération au profit du juge ou de la juge et que le niveau de celle-ci doit être fixé de façon à les mettre à l'abri de pressions visant à influencer sur le sens de leurs décisions et plus généralement sur leur comportement juridictionnel en altérant leur indépendance et leur impartialité.

Il a paru préférable d'indiquer que le niveau de la rémunération devait être fixé de façon à mettre le ou la juge à l'abri de pressions plutôt que de déterminer ce niveau par

référence aux rémunérations versées aux titulaires de hautes fonctions au sein du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, car les titulaires de ces fonctions sont loin d'être traités de façon comparable d'un système national à un autre.

Le niveau de rémunération d'un juge ou d'une juge comparé à celui d'un autre ou d'une autre juge peut connaître des variations en fonction de l'ancienneté, de la nature des fonctions auxquelles ils ont été affectés ou encore de l'importance de charges qui leur sont imposées, comme les permanences de fin de semaine par exemple. Mais ces charges justifiant une rémunération plus élevée doivent être appréciées de façon transparente afin d'éviter des différences de traitement étrangères à des considérations tenant au travail accompli ou à la disponibilité requise.

Dans certains Etat les magistrats bénéficient un statut particulier, dans les autres Etats ils sont assimilés aux fonctionnaires et la rémunération évolue en fonction du grade du magistrat, par échelon indiciaire à l'ancienneté au sein du même grade, par changement de grade en cas d'avancement au mérite.

La Cour suprême du Canada a reconnu dans plusieurs arrêts la nécessité que les juges jouissent d'une certaine sécurité financière. Ils ont créé des commissions ad hoc d'examen de la rémunération des juges. Le recours à de telles commissions d'examen est aussi rendu nécessaire par l'interdiction des négociations entre le judiciaire, d'une part, et l'exécutif et le législatif, d'autre part. Cette interdiction découle du fait que de telles négociations deviendraient inévitablement politiques, les rémunérations des juges provenant des fonds publics.

6) Le budget de la justice (question 11)

Le budget de la justice est un facteur déterminant de son indépendance.

Dans certains pays l'autonomie financière de la justice relève du respect de la séparation des pouvoirs. Elle fait donc ressortir le lien direct qui existe entre la position qu'elle occupe dans l'État et l'autonomie financière dont elle bénéficie. Sa qualité de pouvoir, et le principe constitutionnel d'indépendance qui en découle sont, en effet, à l'origine de la détention d'une telle compétence.

Dans la plupart des rapports nous avons des chiffres différents, mais on se plaint également qu'il est insuffisant, face aux demandes. La part du budget de fonctionnement de la justice dans le budget générale de l'État se varie également.

7) La nomination du juge (question 20)

La procédure de nomination des juges fait souvent intervenir une instance politique, en général le chef de l'exécutif, parfois le parlement. Si la première nomination ne fait intervenir de telles instances que pour ratifier, authentifier en quelque sorte un processus de recrutement antérieur, une sélection fondée sur l'appréciation la plus objective possible des mérites, il n'y a pas à s'interroger vraiment sur la procédure formelle de nomination. L'acte du chef de l'Etat ou du parlement vient simplement conférer une « légitimité étatique » à la nomination du juge, et signifier qu'il exercera une fonction d'ordre étatique.

En revanche, si dans la procédure de nomination elle-même l'intervention de l'exécutif ou du parlement représente l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de choisir les juges, cela peut poser des problèmes beaucoup plus délicats du point de vue de l'indépendance des juges et de l'impartialité de leur sélection.

Deux écoles s'affrontent sur ce sujet :

Pour certains, laisser un pouvoir effectif à l'exécutif ou au parlement dans le choix des juges à travers leur nomination peut être une source de dangers. Cela explique que, dans d'assez nombreux pays, la procédure de nomination soit entourée de garanties supplémentaires par l'intervention d'organes indépendants du type Conseil supérieur de la magistrature qui limitent beaucoup le pouvoir de l'autorité de nomination proprement dite.

Pour d'autres, le pouvoir politique élu par le peuple ou responsable devant ses représentants est pleinement légitime à exercer un choix dans le recrutement des juges.

8) La carrière du juge (question 21)

La notion de carrière, pour les juges, n'existe pas dans tous les pays.

En effet, dans certains d'entre eux, un juge est recruté pour exercer une fonction déterminée dans un lieu déterminé sans perspective de changement de sa situation par la suite. Ni les mutations, ni les promotions ne sont prévues dans tel cas.

Au Canada il y a aussi l'absence d'un véritable plan de carrière dans la magistrature: les juges nommés ont généralement entre 40 et 50 ans et restent dans le tribunal de leur première nomination jusqu'à leur retraite.

En Hongrie on a commencé à élaborer un projet de loi sur le déroulement de la carrière des juges en 2002, en collaboration avec les associations des juges, mais les gouvernements qui suivent depuis ne semblent-ils pas du tout favorable à présenter au par-

lement le projet de loi.

Mais plus nombreux, semble-t-il, sont les pays ou la personne nommée juge entre dans une carrière qui la verra – au cours d’une période plus ou moins longue, mais qui peut s’étendre sur trente à quarante années – changer plusieurs fois de fonctions, de spécialité, de tribunal. Les notions de mutation, de promotion, apparaissent alors, et posent des problèmes. Comment, en effet, organiser les mutations et les promotions des juges sans ouvrir la porte à des menaces ou à des pressions sur leur indépendance ?

Une première garantie fondamentale existe dans de très nombreux pays. Il s’agit de l’inamovibilité, qui signifie qu’un juge ne peut recevoir une nouvelle affectation même en promotion, même en avancement, sans son consentement.

Dans un système de carrière l’inamovibilité est une garantie minimale. Savoir que l’on ne sera pas autoritairement déplacé ne suffit pas si l’on n’arrive jamais à obtenir la mutation que l’on désire ou l’avancement que l’on mérite.

Dans de très nombreux pays, la mutation revêt techniquement la forme d’une nouvelle nomination. On est donc renvoyé à la question des garanties en matière de nominations. Il est certain que l’intervention d’une instance indépendante telle qu’un Conseil supérieur de la magistrature dans les procédures de nomination peut procurer des garanties importantes, l’autorité politique se bornant alors à ratifier les avis ou les propositions du Conseil supérieur.

Il faut ajouter qu’en France existe une procédure particulière qu’on appelle la « transparence ». Le ministère de la Justice fait périodiquement connaître, par voie de circulaire adressée à tous les magistrats au Conseil supérieur de la magistrature, le nom de la personne dont il souhaite proposer la nomination pour chaque poste vacant, ainsi que les noms de tous les candidats au même poste. Un délai est donné pour permettre aux candidats dont le ministère ne propose pas la nomination d’adresser des réclamations qui sont transmises au Conseil supérieur de la magistrature avant que celui-ci n’émette son avis. Si celui-ci estime qu’une réclamation est justifiée, il émet un avis défavorable sur la proposition du ministère, et celui-ci doit la retirer et en présenter une autre. Cette procédure est considérée comme réduisant beaucoup les risques d’arbitraire dans les mutations.

La question de l’avancement fait partie également de la carrière des juges. Il faut évoquer les garanties de procédure qui sont nécessaires en ce domaine. Une insuffisance de garanties au niveau de l’avancement peut, on l’imagine bien, ménager des possibilités de discrimination entre les juges, de pressions sur ceux-ci, et la question est donc importante.

On peut observer que certains pays mettent en œuvre, pour une partie au moins des avancements, une garantie supplémentaire à travers l'établissement d'un tableau d'avancement.

Mais on peut également observer dans les réponses que le système d'avancement automatique existe aussi dans certains pays.

Pour finir, qu'il me soit permis de conclure mon exposé en soulignant, que bien que beaucoup de pays se soient dotée des instruments nécessaires à la garantie constitutionnelle, législative et institutionnelle de l'indépendance du pouvoir judiciaire, et celle des juges, il y a encore des problèmes à résoudre et il faut continuer à avancer dans l'approfondissement des valeurs et instruments démocratiques, sociaux et politiques. C'est ici que nos cours suprêmes doivent jouer un rôle important, comportant des responsabilités, afin que nos pays puissent faire face aux nouveaux défis.

Les protections de l'indépendance

Sous-thème 2 :

Les protections personnelles
du juge

Monsieur Saâd MOUMMI,

Président de chambre à la Cour suprême du Maroc, membre du cabinet du Premier président

Monsieur le Premier président de la Cour de cassation du Sénégal et Président de notre association;

Monsieur le Premier Président de la Cour Suprême du Royaume du Maroc,

Chers collègues, chers amis,

Mesdames et Messieurs.

Je suis heureux de me retrouver parmi vous à la fois invité à présenter ce dernier rapport introductif, au deuxième colloque triennal de l'AHJUCAF; et aussi invité à y représenter l'Institution à laquelle j'appartiens, la Cour Suprême du Royaume du Maroc.

Au début de cette communication, je me dois de joindre mes remerciements à ceux qui ont déjà été formulés de façon éloquente à Monsieur le Premier Président Papa Oumar SAKHO, et au gouvernement de la République du Sénégal, pour la chaleur et l'amitié de leur accueil qui nous a permis d'être présents ici pour ces quelques jours.

Je voulais également remercier, à mon tour les honorables Messieurs Guy CANIVET Premier Président honoraire de la Cour de Cassation de France, et son successeur Vincent LAMANDA Premier Président de ladite Cour, qui ont su – grâce aux importants travaux de Secrétariat Général de notre Association qu'ils ont assumés – nous faciliter la tâche, pour nous permettre d'arriver à DAKAR, et d'assurer le soutien nécessaire de nos activités.

Ce matin, je vais en quelques minutes aborder avec vous, ce sous-thème des protections personnelles du juge. Thème peut être compris de bien des façons, mais il traite avant tout des garanties contre tous les pouvoirs, de droit et de fait, qui peuvent affecter l'indépendance du juge, et de la façon dont nos pays se protègent de tels risques.

C'est donc tout le problème d'un dialogue sans doute nécessaire mais à haut risque entre l'ordre judiciaire et la société (civile) à travers toutes ses composantes pour ne pas enfermer le juge dans sa tour d'ivoire. Les protections personnelles du juge, garantes de son indépendance, s'articulent autour des différents moments de la carrière du juge, mis en évidence dans le questionnaire préparé par notre comité scientifique. Elles peuvent être regroupées selon qu'elles encadrent un déroulement normal de la carrière d'un juge d'une part; et selon qu'elles traitent et encadrent les moments difficiles dans cette carrière d'autre part, lorsque l'indépendance et l'impartialité personnelle du juge sont mises en cause.

D'où les deux parties que j'ai choisi d'aborder :

- Les garanties d'un bon déroulement de la carrière du juge.
- Les garanties devant encadrer les accidents qui peuvent venir perturber ou affecter la carrière du juge, recouvrant pour l'essentiel les questions de mise en œuvre de la responsabilité des magistrats et le rôle joué par la déontologie.

Malheureusement, le temps qui m'était imparti pour ce travail ne me permettait pas d'atteindre l'exhaustivité, à laquelle pourtant, je me serais volontiers astreint pour rendre compte de toute la richesse des rapports des délégations nationales.

Je tiens à remercier celles-ci pour l'excellent travail qu'elles ont fourni, même s'il m'a été impossible, dans le cadre restreint d'un rapport écrit, de mentionner chacune d'entre elles dans tous leurs détails, et encore moins de le faire aujourd'hui devant vous, où je ne dispose que de quelques minutes. Je ne doute pas néanmoins que nos discussions restitueront cette richesse.

Ces travaux que je vous incite vivement à lire si vous ne l'avez pas déjà fait, soulignent la valeur réelle du dialogue qui existe entre nous, au sein de notre association, et plus globalement dans l'ordre judiciaire.

Les rapports nationaux montrent comment l'organisation des différents aspects de la carrière exprime un fonds commun de pensée qui n'empêche un certain nombre de diversités dans les solutions concrètes adoptées. Une diversité qu'il nous appartiendra d'approfondir et de préciser, de discuter au cours des prochaines heures.

L'indépendance du judiciaire (parfois pouvoir, parfois autorité) se situe au fondement de l'Etat de droit et garantit non seulement une justice égale pour tous, mais la suprématie du droit sur le pouvoir. Il s'agit d'assurer l'autonomie institutionnelle des tribunaux par la séparation des pouvoirs en écartant toute subordination des tribunaux, mais aussi des juges pris individuellement à l'égard de quelque autre pouvoir que ce soit. Cet idéal commence dans les règles qui organisent la carrière du juge.

I. Les garanties personnelles d'un bon déroulement de la carrière du juge

Ces garanties seront prises dans un ordre chronologique, interrogeant les modes d'entrée dans la magistrature, les processus de formation, les règles d'avancement dans la carrière, et enfin la seule contre partie financière qui puisse être reçue par le juge, c'est-à-dire le traitement.

a) Les premiers pas dans la magistrature

Un bon départ est essentiel à une bonne carrière. Les règles de sélection et de nomination des juges doivent ainsi assurer un recrutement digne de la garantie d'indépendance dont jouissent les citoyens lorsqu'ils recourent à nos tribunaux. Les rapports nationaux illustrent une certaine diversité dans les solutions retenues pour cette entrée dans la magistrature.

Notre tradition commune s'illustre par une voie de recrutement privilégiée : celle du concours ouvert aux jeunes diplômés (avec quelques ouvertures de plus en plus fréquentes pour d'autres compétences, notamment dans les recrutements à mi-carrière). Le cas du Canada où une expérience judiciaire préalable est primordiale demeure singulièrement différent du reste de nos pays.

Ces processus de recrutement par concours sont, selon les pays, plus ou moins indépendants du Ministère de la justice. Dans beaucoup de pays, il est question d'un système où les juges sont nommés au terme d'un double concours : d'entrée et de sortie, où les qualités appréciées ne sont pas les mêmes, une période de formation étant intervenue entre temps.

Les cas de la Hongrie, de la Pologne, de la République Tchèque - méritent une attention particulière car il s'agit plus d'un recrutement par sélection que par concours. La Hongrie par exemple connaît un système où n'intervient à aucun stade le Ministère de la Justice.

Concours ou processus de sélection ? Les mérites comparés des deux systèmes pourront être discutés tout à l'heure.

b) Les conditions de la formation

La formation des magistrats organisée par les droits nationaux, semble s'exercer avec une certaine constance, le modèle de l'école de la magistrature (parfois commune avec les greffes) gagnant un nombre croissant de pays. Ces écoles ou initiatives de formation proposent un contenu à la fois théorique et pratique, d'abord en formation initiale à la prise de fonction, ensuite continue, et qui concerne à la fois les juges et les procureurs pour les pays qui reconnaissent l'unicité du corps judiciaire.

Cette formation, garante d'un esprit imprégné d'une véritable culture d'indépendance existe donc presque partout après leur recrutement par voie de concours : c'est le cas en Belgique, au Bénin, au Burkina Faso, en Egypte, au Liban, au Maroc au Togo – certains cas comme l'Albanie restent toutefois différent -, ou par voie de sélection comme c'est le cas en Hongrie, en Moldavie, en Pologne en Tchéquie, et au Rwanda.

Le cas de la Suisse appelle certains commentaires. Les juges suivent pendant une certaine durée qui varie d'un canton à l'autre, une formation professionnelle qui englobe un programme initial et un autre de perfectionnement; cette formation théorique est suivie ou alternée par des stages pratiques au sein des juridictions ou de tout autre administration. Les cas de la Belgique, de la France, et de la Hongrie méritent sans doute d'être examinés en détails lors de nos discussions.

Une question traverse nos rapports nationaux qui soit commune au processus de recrutement et à la formation et sur laquelle nous reviendrons sans doute : il s'agit de la place plus ou moins importante (parfois inexistante) accordée au Ministère de la justice dans ces processus, et de l'impact que cette situation peut avoir sur la garantie d'indépendance personnelle du juge.

Pour la formation, illustrée par la diversité des solutions présentées dans les rapports, se pose aussi la question des contenus, et de son caractère obligatoire ou pas (je pense à la formation continue, gage de compétence et d'indépendance vis-à-vis des parties... parfois très spécialisées dans la matière du litige).

c) La promotion dans la carrière

Qui dit magistrature de carrière, dit avancée dans la carrière. Ici encore, le système canadien se distingue de tous les autres puisqu'on n'y fait pas à proprement parler carrière. Mais même parmi nos magistratures de carrière, on remarque que les solutions de possibilité et de gestion de carrière dont il convient qu'elles protègent l'indépendance du juge, varient largement d'un pays à l'autre ; certains systèmes par ailleurs, n'ont pas encore organisé de façon rigoureuse le déroulement de la carrière du magistrat, comme au Bénin par exemple, et nous saurons sans doute pour quelles raisons et avec quels effets dans notre discussion.

L'ensemble des processus de carrière concernent tous les juges, et chaque juge dans ses possibilités d'évolutions, des tribunaux de première instance aux cours suprêmes et de cassation, en passant par les cours d'appel.

J'ai relevé des traits communs dans les règles qui régissent la promotion des juges : à l'ancienneté dans la fonction et dans le grade, et selon les compétences et mérites aussi bien professionnels que personnels du magistrat. Ce système est parfois géré par le Ministère de la Justice, qui concentre les dossiers, procède à la notation par évaluation desdits compétences et mérites du candidat. C'est une hypothèse qui, sans doute méritera discussion, avec cette question qui traverse toutes les contributions : celle de savoir la place que jouent les acteurs institutionnels (ministères, chefs de cours et de juridictions,

conseils supérieurs de la magistrature, cours suprêmes) dans le mécanisme de promotion, et l'impact que ces solutions offrent en matière de garantie d'indépendance. Quelle place s'il en faut une pour le Ministère de la Justice ? L'indépendance est-elle mieux garantie lorsqu'une autorité elle-même indépendante, un conseil supérieur ou une cour suprême, gérant de a à z le processus de carrière ? Quels critères doivent guider les avancements ?

Autre question qui divise nos pays en deux catégories : l'indépendance, est-elle mieux garantie dans les systèmes qui séparent la fonction du grade ? Qui peut reprocher à un juge de voir son traitement s'améliorer au cours de sa carrière ? Pour autant, cela doit-il se faire au prix de son indépendance, de sa sérénité ? Dans certains pays, le grade ne peut pas être séparé de la fonction comme c'est le cas en Albanie, en France, à Madagascar, au Niger, au Sénégal, et au Tchad.

Enfin, l'examen des rapports nationaux nous enseigne que dans certains pays une précaution supplémentaire est prise consistant à ce que les promotions ne s'obtiennent qu'avec l'accord des juges, que d'autres sont rendues nécessaires en raison de nécessités de service, ou obéissent à des régimes dérogatoires comme certaines limitations temporelles. Le cas de la République Tchèque pourrait servir de base de nos discussions.

d) Le traitement

Les modalités de rémunération des juges varient considérablement d'un pays à l'autre en fonction, du rang, du grade et de l'ancienneté du magistrat. La rémunération fixée par la loi peut connaître des majorations périodiques ainsi que des suppléments ou indemnités. Les différences sont parfois minimes, parfois énormes entre un juge au début de sa carrière, et un magistrat en fin de carrière ; comme elles le sont également d'un pays à l'autre.

L'étude des rapports nationaux montre donc une diversité des traitements réservés aux juges dans nos différents pays, ce qui n'est pas surprenant compte tenu de la différence des salaires qu'on y trouve en général. Il est sans doute inutile d'insister sur le caractère essentiel que représente une garantie de paiement, et à un niveau suffisant, des juges pour assurer leur indépendance vis-à-vis des parties. On pourra revenir en détail sur cette diversité et leur caractère satisfaisant ou pas.

Encore faut-il aller plus loin dans le questionnement : le niveau suffisant de traitement doit-il être déterminé selon des seuls critères locaux (permettant des variations importantes) ou en tenant compte aussi de l'internationalisation du crime (et de ses moyens de pression sur nos territoires) ? Faut-il penser à établir un standard international ou simplement des fourchettes ? Nous aurons l'occasion d'en discuter.

Toutes ces solutions sur les modalités de recrutement, les possibilités de formation, les modalités d'affectation à de nouveaux postes, ou de salaire peuvent-ils avoir un impact négatif sur l'indépendance de la justice? Je trouve la question fort intéressante et la réponse suffisamment problématique. Nous y reviendrons.

Avant de passer à notre deuxième axe sur les garanties d'indépendance face aux accidents de carrière, il convient de s'arrêter sur la place particulière qu'occupe la déontologie et son rôle dans la garantie de l'indépendance personnelle du juge. Nous la traiterons pour l'essentiel dans cette deuxième partie relative aux accidents de carrière, c'est-à-dire des protections que le juge doit bénéficier lorsqu'un écart de conduite lui est reproché.

Notons cependant le cas du Canada pour qui la question déontologique aurait pu tout aussi bien (peut-être même plus) figurer dans la partie qui s'achève sur les garanties d'un déroulement normal d'une bonne carrière. En effet, le Canada a délibérément choisi de traiter la déontologie dans son côté positif : expression d'une bonne conduite, comme un idéal professionnel à atteindre, un guide pour le juge – et non comme souvent, un ensemble de règles juridiquement sanctionnées.

II-Garantir l'indépendance personnelle du juge à l'occasion des accidents dans la carrière

Cette garantie pose un ensemble de défi à nos magistratures que l'on retrouve diversement exprimée dans nos rapports nationaux. Un juge indépendant doit-il être responsable ? De quoi, et comment ? Quelles sont les garanties procédurales essentielles si un juge doit être mis en cause, afin de protéger son indépendance ? Quelle mise en forme de la déontologie convient le mieux à une magistrature indépendante dans une société démocratique ?

a) La responsabilité des juges

On constate d'abord que la quasi-totalité des rapports nationaux connaissent des régimes de responsabilité parfois civil, parfois pénal parfois, disciplinaire ou encore une combinaison de ceux-ci. Le Canada se distingue encore des autres pays avec la pratique d'une possibilité de révocation très rare par le Parlement, et tout un processus préalable de traitement des inconduites judiciaires, mais pas de régime de responsabilité au sens strict.

Les cas de l'Albanie où le juge n'est pas responsable civilement, mais seulement pénalement dans l'hypothèse où il aurait rendu une décision manifestement injuste est

de tout autre nature. La Belgique, le Burkina Faso, la France, Haïti, le Mali, le Maroc, la Mauritanie, la Pologne, la Roumanie, le Rwanda, le Sénégal prévoient des régimes de responsabilité à la fois civile (parfois sous le mécanisme de la prise à partie), pénale et disciplinaire méritent toute notre attention. Notons que de leur côté la Bulgarie, l'Ile Maurice, et la Pologne retiennent la règle du bénéfice de l'immunité du magistrat. Diversité des situations, donc, mais des questions en suspens pour notre discussion : jusqu'où le magistrat doit-il être responsable et selon quelles modalités ?

b) Les modalités de mise en cause d'un juge

Une mise en cause directe du magistrat, est-elle de nature à porter atteinte à son indépendance? On peut le penser, et c'est pourquoi de nombreux pays ont instauré des verrous. S'agissant de l'appel en responsabilité civile par exemple, un système de responsabilité de l'Etat pour disfonctionnement de la Justice est souvent mis en avant comme écran de protection du juge, avec la possibilité d'une action récursoire contre le juge de la part de l'Etat. Ce système (parfois une hypothèse d'école comme en France où l'action récursoire de l'Etat n'a jamais été mise en œuvre) est-il entièrement satisfaisant ? Faut-il lui préférer un autre type de mise en œuvre, offrant de meilleures garanties ?

Les dispositions légales et réglementaires relatives à la notion de faute disciplinaire et aux sanctions qui lui sont applicables, contenues dans les rapports nationaux présentent des caractères communs. S'agissant de la poursuite disciplinaire, le jeu des acteurs responsables du déclenchement des poursuites, des enquêtes et du jugement est essentiel avec cette même idée qui parcourt nos rapports qu'une indépendance dans ces processus est aussi garante de l'indépendance personnelle du juge. Notons sur cette même responsabilité disciplinaire, une diversité des spectres de définition de l'infraction, parfois très (trop ?) précise, parfois très floue comme en France... Qu'est ce exactement qu'un manquement aux devoirs des magistrats? Dans quel cas l'indépendance du juge est-elle mieux garantie ?

c) La déontologie

La déontologie des magistrats est l'un de ces points loin de faire l'unanimité, en termes de pratiques, entre nos pays. Une première catégorie de pays déclare connaître et appliquer un code de déontologie qui regroupe des règles relatives à l'éthique du magistrat; c'est le cas de l'Albanie qui dispose en plus du code d'éthique du juge, d'un code d'éthique du procureur (et d'un troisième pour les avocats). On trouve aussi des codes en Bulgarie, en Hongrie, sur l'Ile Maurice, en République Tchèque et en Roumanie.

A côté, une seconde catégorie de pays ne dispose d'aucun code, même entendu largement (car encore faudrait-il préciser ce qu'il faut entendre par code), mais d'une ré-

férence unique et souvent peu disert aux dispositions législatives contenues soit dans le statut fondamental de la Magistrature soit hors ce statut dans les lois organisant la poursuite disciplinaire, ou encore, ici et là, dans les lois de procédure.

Code ou pas code ? Nous aurons sans doute à répondre à cette question dans notre discussion. S'agit-il d'un instrument de contrôle ou de perfectionnement ? Par qui doit-il être rédigé (des associations de juges comme pour de nombreux pays ici) ? Doit-il être juridiquement sanctionné. La diversité des solutions ici constatées et l'ambiguïté même de l'objectif poursuivi par un tel instrument de quelque nature qu'il soit montre que l'équilibre n'est pas facile à atteindre pour faire d'un juge un acteur indépendant et néanmoins responsable.

En France, par exemple, le Conseil Supérieur de la Magistrature, dans son avis du 2 octobre 2003, s'est prononcé contre l'élaboration d'un code de déontologie. Les canadiens connaissent des principes déontologiques (et non un code), sans portée disciplinaire. Ces deux pays se retrouvent sur la nécessité de pouvoir saisir une autorité pour avis, quand les juges rencontrent des difficultés d'ordre déontologique, ce qui promeut la déontologie comme outil de garantie d'indépendance et non plus de mise en cause. Là encore convient-il de trouver la bonne autorité ; et le système français, au contraire du système canadien, de ne pas s'être encore prononcé sur ce point.

Quant au contenu, ne pensez pas trouver de position uniforme sur la bonne distance à tenir par le juge dans sa vie sociale, pour garantir son indépendance. A part quelques constantes familiales ou économiques, il ya une diversité de solutions admises dans nos systèmes, ce qui pose question.

J'ai donc pu constater la marque de cultures et de traditions juridiques différentes. Celles de l'Albanie, du Sénégal ou du Maroc, en matière de déontologie ne sont pas tout à fait les mêmes que celles du Canada ou de la Suisse, c'est vrai ; Mais au moment où il me faut conclure cette trop rapide présentation, je dois aussi vous dire que j'ai pu constater un certain mouvement, constater que quelque chose était en marche que je qualifierais de dialogue. Un dialogue de plus en plus présent, dans les processus d'élaboration d'instruments déontologiques par exemple ou de gestion des carrières, où chacun est à l'affût des réussites de son voisin. Un dialogue du français et de l'anglais en particulier qui n'est pas sans me rappeler notre propre dialogue de l'arabe et du français, que nous voulons ouvert à l'un et à l'autre. C'est d'ailleurs ce qui nous pousse aujourd'hui à échanger sur ce sujet important pour repartir chacun dans nos pays, plus riche d'idées et de solutions concrètes sachant garantir l'indispensable indépendance personnelle du juge.

Débats

Modérateurs : Monsieur Sergio ESONO ABESO TOMO, président de la Cour suprême de justice de Guinée équatoriale et Madame Maria do Ceu SILVA MONTEIRO, président de la Cour suprême de Guinée-Bissau.

En son nom propre et au nom de Maria do Ceu Silva Monteiro, Monsieur Abeso Esono Tomo se joint aux félicitations adressées aux organisateurs de ce Congrès. Il salue la richesse des débats et des expériences échangés, dont il note l'intérêt majeur pour l'ensemble des pays membres de l'Ahjucaf et en particulier pour la Guinée équatoriale qui a connu un processus de décolonisation et de démocratisation difficiles dans sa quête de stabilité et de démocratie.

Les questions qui ont suivi ces exposés ont notamment porté sur la nature juridique des codes déontologiques, compte tenu de l'imprécision relative de cette notion et des nombreuses réalités qu'elle recouvre et sur l'initiative canadienne de gestion de la rémunération des juges par un organe tiers, qui permet de réduire l'approche conflictuelle ou intéressée de ce dossier. Invité à développer cette expérience, l'Honorable juge Lebel est tout d'abord revenu sur le rôle du juge, en estimant que ce dernier ne sort pas de sa fonction quand il ne fait pas que dire le droit, mais qu'il le crée par les interprétations et les développements qu'il peut lui donner ainsi que par les décisions qu'il rend. Il considère ainsi que la fonction judiciaire va au-delà de la simple expression du droit, dont elle tient compte de l'évolution. S'agissant de la commission d'étude de la rémunération des magistrats, il souligne que sa création prend sa source dans la constitution du Canada et surtout dans les principes fondamentaux non écrits mais exigeants de l'indépendance judiciaire.

Il indique que cette commission, créée par un arrêt de la Cour suprême de 1997, est composée de membres nommés par l'Etat et par la magistrature et qu'elle est présidée par une personnalité reconnue. Chargée de proposer la rémunération et des autres avantages, elle fait des recommandations à l'attention du pouvoir exécutif, qui ne peut les écarter que pour des motifs précis. Il précise néanmoins que si ce mécanisme fonctionne de façon globalement satisfaisante, sa création a rencontré des résistances et s'est faite par à-coups.

Par ailleurs, évoquant les notions de déontologie et d'éthique que ce débat touche, l'Honorable juge Lebel fait observer que certaines provinces canadiennes ont élaboré des codes de déontologie alors qu'au niveau fédéral il n'existe qu'un recueil de principes de déontologie ; toutefois, ces corpus ne sont pas des codes pénaux, qui interdiraient tout ce qui n'y est pas inscrit, mais ils se fondent sur la discipline de chaque juge. Au-delà des textes, il constate que, dans la pratique, les menaces, les pressions ainsi que l'ouverture d'enquêtes en vue de sanctions disciplinaires ont souvent conduit à la démission des

personnes visées avant le terme de la procédure de révocation. Dans le domaine du recrutement des juges, il indique qu'au-delà des textes, son pays, longtemps marqué par le communautarisme ainsi que par les divisions religieuses et linguistiques dont il fallait nécessairement tenir compte, a évolué vers une approche privilégiant un autre équilibre et un autre objectif principal, à savoir celui de l'égalité hommes-femmes.

Prenant la parole, Monsieur le Premier président Driss Dahak estime que la Justice du troisième millénaire n'est plus celle du deuxième millénaire et qu'il s'agit donc de trouver les nouvelles orientations et le sens de l'évolution qu'elle doit suivre. Il note par ailleurs que si la Justice est considérée comme le « troisième pouvoir », dans les faits, d'une part elle applique les lois élaborées par le pouvoir législatif et d'autre part, la mise en œuvre de ses décisions relèvent du pouvoir exécutif. Face à cette forme d'assujettissement aux deux autres pouvoirs qui soulève la question de l'indépendance réelle de la Justice, il estime que le principe de la séparation des pouvoirs doit être réexaminé en vue de garantir davantage cette indépendance de la Justice. Evoquant les garanties d'indépendance demandées au juge du siège et non du parquet, il tient à souligner que le bon fonctionnement du parquet est tout aussi indispensable dans la mesure où il est déterminant pour la mise en œuvre correcte de l'ensemble du suivi de la procédure engagée à son niveau.

A cet égard, il insiste pour inclure également dans la réflexion le rôle et le statut des officiers de police judiciaire et des autres auxiliaires de Justice, s'agissant notamment de leur rémunération qui doit tout autant que pour les juges les mettre à l'abri des pressions. Pour ce qui est de la protection matérielle et du budget, il affirme qu'il n'y a pas de Justice convenable avec un budget faible et plaide pour la mise en place d'un organe indépendant pour élaborer le budget, pour éviter les pressions et les conflits.

Il partage, en outre, les propos visant la mise en place voire le renforcement d'un volet psychologique et philosophique dans la formation des juges ; il suggère en particulier d'introduire un examen psychologique. Faisant observer, à cet égard, que la démocratisation de l'accès à la formation peut aussi soulever des problèmes de niveau de sélection et surtout d'équilibre psychologique, qui constitue un aspect très important de l'exercice de la Justice, il appelle à affiner davantage la sélection et la formation. Face au constat qu'il n'existe pas de système parfait et au fait que l'indépendance totale est difficile à atteindre, il affirme qu'il n'y a pas de théorie générale de protection de l'indépendance des juges et que la recherche de cet objectif doit se fonder sur l'examen des différentes expériences pratiques.

En écho à cette conclusion de Monsieur le Premier président Driss Dahak, il a été demandé d'élaborer une synthèse des pratiques utiles constatées en vue d'en faire des exemples de références juridiques dont chacun pourrait s'inspirer.

Par ailleurs, s'agissant des obstacles à l'indépendance de la justice, un intervenant a souligné que la magistrature est un service public en concurrence avec les autres fonctionnaires qui veulent chacun un statut particulier, dont l'obtention dépend du rapport de force de chaque catégorie avec le pouvoir exécutif. Il faut donc que les magistrats trouvent les arguments de poids qui fassent valoir leur situation particulière, dans le cadre de leur pleine intégration à la fonction publique. Il a également appelé à la mutualisation de la formation et à développer les échanges entre les cours en vue de l'harmonisation des pratiques et du renforcement de la qualité de la justice.

Sur la question de savoir si le juge dit ou fait le droit, Monsieur Gabor Szeplaki-Nagy indique que cette nuance dépend de l'approche envisagée, « faire le droit » relevant plutôt d'une conception anglo-saxonne tandis que « dire le droit » s'inscrit dans une approche d'unicité jurisprudentielle. Il peut cependant y avoir des conflits entre les deux approches et entre des juridictions d'un même pays qui s'opposent sur l'interprétation.

L'expérience internationale
de la Cour commune et de justice
et d'arbitrage de l'Organisation
pour l'Harmonisation
en Afrique du Droit des Affaires

*Monsieur Gaston KENFACK-DOUAJNI, Magistrat
Spécialiste en contentieux économique (ENM Paris),
Ancien Membre de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI de Paris
Président de l'Association pour la Promotion de l'Arbitrage en Afrique (APAA)
Sous-directeur de la législation civile, commerciale, sociale et traditionnelle,
Ministère de la Justice, Yaoundé – (CAMEROUN)*

Créée en application du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, dit Traité OHADA, signé à Port Louis (Ile Maurice) le 17 octobre 1993, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA (ci-après CCJA) est effectivement entrée en fonction depuis le 4 avril 1997.

Evoquer l'expérience internationale de cette juridiction supranationale dans le cadre d'une manifestation consacrée à la réflexion sur « l'indépendance de la justice » semble appeler, de notre modeste point de vue, la nécessité de faire le point sur ses états de service depuis le démarrage effectif de ses activités, tout en mettant en exergue son indépendance effective.

Autrement dit, il s'agit de dresser une sorte de bilan de ses activités depuis le démarrage de celles-ci (I). Ensuite, nous mentionnerons quelques actions dont la mise en œuvre pourrait permettre à la CCJA de renforcer l'efficacité dont elle a su faire preuve à ce jour (II).

I – BILAN DES ACTIVITES DE LA CCJA

On rappellera utilement qu'à un moment où la stagnation, voire le recul des investissements, était avérée du fait de l'existence d'un corpus juridique obsolète et insusceptible de sécuriser les activités économiques dans les Etats formant actuellement l'OHADA, les hautes autorités politiques desdits Etats ont, entre autres solutions visant à normaliser cette situation, décidé de créer une juridiction supranationale indépendante, dont la mission serait de garantir la sécurité judiciaire des activités économiques dans l'espace OHADA, par des décisions appropriées et rendues dans des délais raisonnables en droit des affaires.

Les concepteurs de la CCJA ont veillé à l'indépendance de cette juridiction supranationale tant au niveau du mode de désignation de ses membres que de celui de leur rémunération.

En effet, s'agissant du mode de désignation des membres de ladite juridiction, le Traité de Port-Louis prévoit, d'une part, qu'ils sont élus au scrutin par le Conseil des Ministres de l'OHADA sur une liste de personnes présentées par les Etats parties et, d'autre part, que chaque Etat partie peut, à cet effet, présenter deux candidats au plus¹⁶¹.

Il n'est pas discutable que l'élection constitue un mode de désignation qui confère une certaine indépendance au juge. Outre l'élection de ce dernier, sa rémunération peut contribuer à assurer son indépendance.

A cet égard, en ce qui concerne le niveau de rémunération des membres de la CCJA, la lecture des différents budgets de fonctionnement de cette juridiction tel que soumis à la validation du Conseil des Ministres de l'OHADA depuis sa création permet d'affirmer que les hauts magistrats qui y siègent perçoivent des traitements qu'il ne serait pas excessif de qualifier d'appréciables, au regard de la pratique observée en la matière dans les autres juridictions internationales.

Ainsi, confortée par leur mode de désignation et par le niveau appréciable de leur rémunération, l'indépendance des membres de la CCJA a vocation à permettre à cette juridiction d'assurer effectivement la sécurité judiciaire des investissements dans l'espace OHADA par des décisions techniquement irréprochables.

Parlant précisément de la sécurité judiciaire, l'on estime avec raison et fort opportunément qu'« à la sécurité juridique procurée par le droit uniforme (application du même droit des affaires dans tous les Etats membres ; connaissance facile, par tous les justiciables, du droit des affaires applicables ; identification d'une même source du droit et accès aisé au même instrument de publication ; facilitation de la prévision du droit des affaires d'un pays à l'autre et meilleure définition des stratégies des entreprises ; disparition des conflits des lois ...), les créateurs de l'OHADA ont voulu ajouter la sécurité judiciaire.

En confiant à la CCJA la mission de veiller au respect du droit uniforme dans chaque Etat en se substituant aux juridictions nationales, la juridiction commune assure, par là même, l'unification de la jurisprudence aussi bien à travers sa fonction juridictionnelle qu'à travers sa fonction consultative. Les avantages d'une telle unification sont évidents :

- le même droit est appliqué partout de la même façon, ce qui évite toute divergence d'interprétation ou d'application inhérente à la multiplicité des juridictions nationales suprêmes et aux contingences nationales variables auxquelles elles sont soumises selon le lieu ou le moment où ces juridictions nationales statuent ;
- la Cour Commune unique assure une transparence de la jurisprudence, source essentielle de droit, et évite les décisions erronées ou inavouables... »¹⁶².

Sans compter une certaine rapidité dans le processus décisionnel à ce haut niveau de la pyramide judiciaire, rapidité au nom de laquelle « en cas de cassation, la CCJA sta-

tue sur le fond en évoquant l'affaire et se substitue ainsi à la juridiction nationale de renvoi, économisant aux plaideurs beaucoup de temps »¹⁶³.

La revue des activités juridictionnelles et consultatives (A) puis d'administration des arbitrages (B) de la CCJA permet d'affirmer que depuis le démarrage desdites activités, cette juridiction a posé des actes qui font d'elle une Institution respectable au plan international.

A) Activités juridictionnelles et consultatives

Il convient de rappeler, au préalable, que dans sa fonction consultative, la CCJA peut être consultée par tout Etat partie, par le Conseil des Ministres de l'OHADA, par les juridictions nationales et par le Secrétaire Permanent de l'OHADA, sur toutes les questions mettant en cause le droit OHADA. Dans le cadre de cette fonction consultative, la CCJA émet des avis.

Au 31 décembre 2006, la CCJA a eu à émettre 18 avis sur des questions diverses touchant au droit OHADA.

Parmi ces avis, il y a celui qu'elle a rendu le 30 avril 2001, suite à la demande introduite par la République de Côte d'Ivoire, qui souhaitait être édifiée relativement à la portée abrogatoire des actes uniformes sur le droit national des Etats parties à l'OHADA.

Répondant à la Côte d'Ivoire, la CCJA a affirmé que l'article 10 du Traité OHADA, selon lequel « les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure », comporte une règle de supranationalité et une règle d'abrogation des dispositions de droit interne à la fois identiques et contraires aux actes uniformes.

Nous avons déjà eu l'occasion, en d'autres circonstances, d'affirmer que cet avis de la CCJA du 30 avril 2001 restera pendant longtemps la référence incontournable pour toute personne qui souhaite comprendre la philosophie du droit OHADA¹⁶⁴.

En ce qui concerne la fonction juridictionnelle de la CCJA, il convient de préciser qu'au 31 décembre 2006, elle avait rendu 173 arrêts et 23 ordonnances, soit 206 décisions sur 513 pourvois qu'elle a reçus des Etats parties.

Les décisions ainsi rendues apparaissent comme constituant des éléments de sécurisation des activités économiques, dont la diffusion est réputée être un facteur de réussite de l'OHADA au service des justices nationales¹⁶⁵.

Par ailleurs, ces décisions ont fait l'objet d'une systématisation¹⁶⁶ grâce à laquelle, dans l'espace OHADA, on a désormais une vision plus claire sur la juridiction compétente pour résilier le bail commercial, sur la désignation et les attributions du juge de l'exécution, sur la procédure d'injonction de payer, sur la saisie attribution des créances, sur le rôle des juridictions nationales de cassation en matière de sursis à exécution lorsque l'application du droit OHADA est en cause, etc.

Dans cette fonction juridictionnelle, la CCJA a récemment rendu deux arrêts intéressants, dont la substance sera mentionnée dans le cadre de l'examen de sa fonction d'administration des arbitrages.

B) Activités relatives à l'administration des arbitrages.

Ainsi que nous l'avons indiqué ailleurs¹⁶⁷, tout en étant la Cour suprême des Etats membres de l'OHADA en matière du droit OHADA, la CCJA est en même temps une Institution internationale d'arbitrage et dispose, à cet effet, d'un règlement d'arbitrage très inspiré de celui de la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale.

Dans sa fonction arbitrale, la CCJA ne tranche pas elle-même les litiges qui lui sont soumis.

En effet, elle administre les procédures arbitrales par la nomination ou la confirmation des arbitres ; elle veille, ensuite, à ce que le tribunal arbitral constitué officie conformément à son règlement d'arbitrage sus-évoqué et procède à l'examen préalable du projet de sentence soumis par ledit tribunal.

Au 31 décembre 2006, la CCJA a enregistré 19 demandes d'arbitrage dont 11 ont donné lieu à des décisions, tandis que d'autres sont en cours d'instruction¹⁶⁸.

La CCJA apparaît ainsi comme étant une Institution originale en l'état actuel du droit international car, elle est à la fois une juridiction supranationale et un Centre international d'arbitrage.

Cette originalité qui constitue pourtant l'une de ses spécificités, lui a valu, à sa conception, les critiques les plus diverses, d'aucun voyant dans cette originalité un mélange de genres qui l'empêcherait de remplir convenablement tant sa fonction juridictionnelle que celle d'administration des arbitrages¹⁶⁹.

Pourtant, à l'occasion de deux arrêts rendus par la CCJA le 19 juillet 2007, cette juridiction a fait la preuve de ce qu'elle observe la séparation fonctionnelle qui doit exis-

ter entre ses activités juridictionnelles et celles d'administration des arbitrages. C'est ainsi que dans le premier desdits arrêts¹⁷⁰, la CCJA précise les conditions de recevabilité du recours introduit en contestation de validité (ou recours en annulation) d'une sentence arbitrale CCJA ; par ailleurs, expliquant en quoi consiste le non accomplissement de sa mission par un arbitre, elle annule une sentence arbitrale rendue par un tribunal arbitral qu'elle a mis en place, lequel a statué en équité sans avoir reçu des parties des pouvoirs d'amiable compositeur.

Toujours dans le même arrêt, après avoir rappelé que l'accord des parties est nécessaire pour que la CCJA mette en œuvre son pouvoir d'évocation dans le cadre de ses fonctions d'administration des arbitrages, cette juridiction rejette la demande d'évocation soumise par l'une des parties, à laquelle s'est opposée l'autre partie.

Dans le second arrêt rendu le même jour¹⁷¹, outre le rappel que la mise en œuvre de son pouvoir d'évocation en matière d'administration des arbitrages suppose, au préalable, l'annulation de la sentence contestée, la CCJA rejette la demande d'annulation d'une sentence après avoir démontré que les arbitres n'ont violé ni le principe du contradictoire, ni l'ordre public international des Etats parties de l'OHADA, comme l'alléguait le demandeur au recours.

L'intérêt de ces deux arrêts résulte de ce qu'ils permettent de bien distinguer les fonctions juridictionnelles de la CCJA de celles d'administration des arbitrages. Et l'on voit que la CCJA observe cette séparation fonctionnelle, n'hésitant pas à annuler une sentence rendue sous les auspices de son Centre d'arbitrage, lorsqu'il lui apparaît que les conditions objectives d'une telle annulation se trouvent réunies.

Ce faisant, la CCJA crédibilise son système d'arbitrage, démontrant en même temps que le risque de genres redouté par certaines critiques à sa création n'était qu'une vue de l'esprit.

Des développements qui précèdent, il apparaît que la CCJA s'est efforcée à accomplir convenablement les missions qui lui ont été assignées par ses concepteurs, acquérant dans le même temps une expérience internationale digne d'une Institution de sa nature et faisant ainsi preuve d'efficacité en matière de sécurisation judiciaire des activités économiques.

Cela étant, comme toute œuvre humaine, les activités de la CCJA restent perfectibles et la mise en œuvre de certaines actions pourrait renforcer son efficacité.

II – ACTIONS SUSCEPTIBLES DE RENFORCER L'EFFICACITE DE LA CCJA

Les actions mentionnées devront être entreprises tant par la CCJA elle-même (A) que par les autorités politiques de l'espace OHADA (B).

A) Actions à mener par la CCJA

En une dizaine d'années d'existence, la CCJA n'a pas manqué de faire l'objet de calomnies, celles-ci visant parfois tout le dispositif OHADA lui-même.

L'analyse de certaines critiques formulées à l'endroit de l'OHADA et de ses Institutions révèle bien souvent une méconnaissance ou une connaissance très approximative du système OHADA.

Des actions de promotion des Institutions de l'OHADA en direction du grand public des Etats parties pourraient contribuer à une meilleure connaissance du dispositif OHADA et à une plus grande adhésion à celui-ci.

A cet égard, s'agissant précisément de la CCJA, l'article 19 de son Règlement de procédure dispose que « le siège de la Cour est fixé à Abidjan. La Cour peut toutefois, si elle le juge utile, se réunir en d'autres lieux, sur le territoire d'un Etat partie, avec l'accord préalable de cet Etat qui ne peut, en aucun cas, être impliqué financièrement ».

Ce texte institue les audiences foraines de la CCJA ; l'utilité de ces audiences foraines est certaine, dans la mesure où celles-ci permettraient à la CCJA de se rapprocher des Etats parties et de ses justiciables qui y résident.

Par ailleurs, lesdites audiences offriraient aux responsables de la CCJA la possibilité d'expliquer aux justiciables et au public, qui l'ignorent encore, que la procédure devant cette juridiction supranationale est essentiellement écrite¹⁷², ce qui, tout en nécessitant que les justiciables élisent domicile chez un avocat de leur choix à Abidjan, dispense ceux-ci et leurs avocats de devoir se rendre au siège de ladite Cour à Abidjan pour les besoins d'une affaire dont elle aura été saisie.

Il convient, cependant, de mentionner que si une partie demande expressément à la Cour d'organiser une audience pour son affaire, le Greffier en Chef de la Cour le fera, sous le contrôle du Président de la Cour et conformément à son Règlement de procédure¹⁷³.

En tout état de cause, la pratique des audiences foraines de la CCJA offrirait également aux responsables de celle-ci l'opportunité d'expliquer au grand public que sa saisine est moins onéreuse qu'il n'y paraît, puisque chaque recours en matière contentieuse devant elle donne droit à la perception de la somme de 20.000 francs CFA seulement par le Greffe de la CCJA, soit l'équivalent d'environ 30 euros.

Cette modicité des frais de saisine de la CCJA en matière contentieuse et le fait qu'aucune partie justiciable devant elle n'est obligée de se rendre à Abidjan pour les besoins de son affaire ne sont pas toujours connus du grand public, à qui l'on fait systématiquement croire que l'accès à la CCJA est extrêmement onéreux !

Quoiqu'il en soit, dans le cadre des audiences foraines sus-évoquées, les membres de la CCJA ne manqueraient pas de rendre des visites de courtoisie aux hauts magistrats en service dans les Cours suprêmes nationales, pour entretenir et affermir les rapports de collaboration qui doivent exister entre la CCJA et ces Cours suprêmes nationales.

On rappellera opportunément, à cet égard, que les arrêts SOCOM SARL rendus par la CCJA le 19 juin 2003¹⁷⁴ ont implicitement affirmé la nécessité de la collaboration sus-évoquée, en énonçant que la CCJA n'est pas compétente pour statuer sur les procédures de défenses à l'exécution provisoire, lesquelles demeurent de la compétence d'attribution des Cours suprêmes nationales.

Par le canal de ces procédures de défenses à l'exécution provisoire dans les affaires mettant en cause l'application du droit OHADA, les Cours suprêmes nationales connaissent d'un abondant contentieux dont le fond relève normalement de la compétence d'attribution de la CCJA¹⁷⁵, ce qui justifie amplement la collaboration sus-évoquée.

Cette collaboration, qui doit impérativement exister entre la CCJA et les juridictions nationales de cassation, nécessite que les lois nationales relatives aux procédures des défenses à exécution soient modifiées, pour préciser qu'en cas de demande de défenses à exécution provisoire dans les affaires où l'application du droit OHADA est en cause, le pourvoi doit préalablement être exercé devant la CCJA, compétente pour connaître du mérite dudit pourvoi.

La preuve du pourvoi ainsi introduit à la CCJA devra, ensuite, être annexée à la requête en défense à exécution à introduire devant les Cours suprêmes nationales, qui demeurent compétentes pour statuer sur ces requêtes en défense à exécution¹⁷⁶.

La réforme suggérée permettrait d'éviter que les Cours suprêmes nationales saisies des requêtes de défense à l'exécution provisoire dans le cadre des litiges où l'application

du droit OHADA est en cause ne se déclarent incompétentes, comme le font certaines autres actuellement, se rendant pratiquement coupables, ce faisant, de déni de justice vis-à-vis des justiciables car, comme l'a rappelé la CCJA à l'occasion des arrêts SOCOM SARL sus-évoqués, elle n'a pas compétence pour statuer sur les demandes de défense à l'exécution provisoire.

Dès lors, la collaboration sus-évoquée commande, en matière de défenses à l'exécution provisoire, non pas que l'on dépouille les Cours suprêmes nationales de leurs attributions en la matière au profit de la CCJA, mais que l'on aménage la répartition des compétences de sorte que la CCJA demeure compétente pour connaître du mérite des pourvois intentés devant elle et que les Cours suprêmes nationales continuent de connaître des affaires impliquant le droit OHADA par le canal des requêtes en défense à l'exécution provisoire.

En ce qui concerne l'amélioration de ses prestations dans sa fonction d'administration des arbitrages, il est impératif que la CCJA renforce l'autonomie de cette fonction par rapport à sa fonction juridictionnelle.

Dans ce contexte, elle veillera à ce que ceux de ses juges qui ont composé sa formation chargée de l'administration d'un arbitrage ne se retrouvent pas, à la phase post-arbitrale, dans sa formation chargée d'examiner les recours juridictionnels éventuels intentés contre la sentence intervenue.

L'application effective de cette dernière proposition suppose un accroissement du nombre des membres de la CCJA ; ce qui relève des prérogatives des autorités politiques de l'OHADA.

B) Actions à mener par les autorités politiques de l'OHADA

Les autorités politiques dont il est question ici sont tant le Conseil des Ministres de l'OHADA que les Chefs d'Etat et de Gouvernement signataires du traité OHADA. Seules ces autorités sont habilitées à augmenter le nombre des juges de la CCJA.

A cet égard, il ne semble pas superflu de mentionner que les sept juges composant actuellement cette juridiction commencent à être dépassés par le volume de plus en plus croissant du contentieux dont elle est saisie.

Prenant en compte cette réalité, le projet du texte portant révision du Traité OHADA prévoit le principe que le Conseil des Ministres puisse élire à la CCJA autant de juges que d'Etats parties, tout en ayant la possibilité d'augmenter les effectifs de cette juridiction, en fonction du volume du travail qui est le sien et des disponibilités financières de l'OHADA.

Il est urgent que les Chefs des Etats parties de l'OHADA puissent se réunir pour signer le projet de texte sus-évoqué, afin qu'il soit effectivement procédé à l'augmentation des effectifs des juges de la CCJA, car une augmentation du nombre de ses juges permettrait à la CCJA de mieux remplir l'objectif de célérité ou de rapidité judiciaire qui constitue l'une des raisons fondamentales de sa création.

En effet, dotée d'un plus grand nombre de juges, la CCJA, en cas de cassation, évoquerait et statuerait sur le fond de l'affaire dans des délais permettant aux plaideurs de réaliser effectivement une économie de temps ; ce qui n'est pas le cas actuellement, en raison de la montée exponentielle du volume du contentieux et de l'insuffisance du personnel de la CCJA, comme spécifié plus haut.

L'augmentation du nombre de ses juges aurait, par ailleurs, des effets positifs sur la séparation fonctionnelle que doit observer la CCJA sur sa fonction d'administration des arbitrages de même que sur sa fonction juridictionnelle.

Postérieurement à l'augmentation du nombre de ses juges, la CCJA pourrait créer des Comités retreints composés de juges chargés de l'administration des procédures arbitrales, lesquels ne se retrouveraient plus dans la formation juridictionnelle de la CCJA appelée à examiner les recours juridictionnels (contestation de validité de la sentence) éventuellement intentés contre les sentences arbitrales CCJA.

De la sorte, la CCJA amorcerait réellement l'autonomie de sa section arbitrale, à laquelle il est souhaitable de parvenir, pour permettre à l'arbitrage CCJA d'être davantage compétitif au plan international.

Une dernière action des autorités politiques de l'OHADA mérite d'être soulignée et suscitée, en raison de l'impact positif que sa mise en œuvre pourrait avoir sur la CCJA et, plus généralement, sur le dispositif OHADA dans son ensemble.

Il s'agit de la revalorisation du traitement des hauts magistrats qui sont en service dans les Cours suprêmes nationales.

A cet égard, la justice ayant été érigée en pouvoir au même titre que l'exécutif et le législatif dans beaucoup de pays membres de l'OHADA, les autorités politiques desdits pays doivent pouvoir comprendre, d'une part, qu'une justice indépendante constitue le gage d'une bonne gouvernance et, d'autre part, que l'indépendance effective de la justice passe nécessairement par l'allocation de traitements appréciables, non seulement à tous les membres du corps judiciaire, mais aussi et surtout aux membres des Cours suprêmes nationales, qui incarnent le pouvoir judiciaire dans les Etats modernes.

Cette action des autorités politiques de l'OHADA, qu'il est souhaitable de tout mettre en œuvre pour qu'elle soit effective, est susceptible de réduire la méfiance qui existerait entre les Cours suprêmes nationales et la CCJA, et qui s'expliquerait, au moins en partie, par les écarts criards de traitements qui existent entre les membres de celle-ci et ceux de celles-là.

161 Article 32 dudit traité. Les Arrangements de N'Djamena, qui ont proposé un mode de désignation différent en vue du démarrage des activités des Institutions de l'OHADA, sont condamnées à laisser la place à l'application effective du Traité OHADA en la matière.

162 Rapport confectionné à Paris le 26 août 2006 sous l'égide de l'Organisation Internationale de la Francophonie, par un groupe d'experts indépendants regroupant : Robert DOSSOU, Joseph ISSAH SAYEGH, Roger MA-SAMBA, Paul-Gérard POUGOUE et Jean-Jacques RAYNAL, inédit.

163 Idem.

164 Gaston KENFACK DOUAJNI, « L'état actuel de l'OHADA » in rev. Camerounaise arb. N° 22, édit. Juillet-août-septembre 2003, p. 3 et s.

165 Jacques M'BOSSO, « La jurisprudence et la diffusion du droit, facteurs de réussite de l'OHADA au service des justices nationales » in rev. Camerounaise arb. N° 30, édit. octobre-novembre-décembre 2003, p. 3 et s.

166 Félix ONANA ETOUNDI et Jean Michel BIUMLA, « Cinq ans de Jurisprudence commenté de la CCJA (1999 – 2004), OHADA, Collection Pratique et Contentieux du droit OHADA », Edition mars 2006.

167 Gaston KENFACK DOUAJNI, op. cit.

168 Les chiffres ci-dessus mentionnés sont tirés de la Communication intitulée « L'expérience OHADA de la codification du droit des affaires : historique, mécanisme de prise de décisions et portée de la législation adoptée dans les Etats membres », présentée par Jacques MBOSSO à Paris, à l'occasion du Colloque des 1er et 2 février 2007 sur le bicentenaire du Code de commerce.

169 Philippe LEBOULANGER, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », rev. Arb. 1999, n° 3 ; Paul Gérard POUGUE, « Le système d'arbitrage de la CCJA » in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruylant – Bruxelles, 2000, p. 129.

170 Arrêt CCJA n° 028/2007 du 19 juillet 2007 ; Aff. Sté Nestlé sahel c/ Société commerciale d'Importation AZAR et SALAM, dite SCIAMAS, inédit.

171 Arrêt CCJA n° 028/2007 du 19 juillet 2007 ; Société ivoirienne de Raffinage, dite SIR S.A c/ Roma Shipholding LTD et autres, inédit.

172 Article 34.1 du règlement de procédure de la CCJA.

173 Article 34.9 et 34.2 du règlement de procédure de la CCJA.

174 Arrêts SOCOM SARL c/ SGBC, Arrêts CCJA n°013 et 014 du 19 juin 2003 , voir Recueil des décisions de la CCJA, janvier – juin 2003, p. 16 et p. 19.

175 Gaston KENFACK DOUAJNI, « L'abandon de souveraineté dans le Traité OHADA » Recueil Penant n° 830, mai – août 1999, p. 125 et s.

176 Voir aussi article n° 16 du traité OHADA

Rapport de synthèse

*Monsieur Ivan Verougstraete,
Président de la Cour de cassation de Belgique,
Premier vice-président de la Cour de Justice Benelux*

Introduction

1. Les juges des hautes juridictions présents ici ont en commun un idéal: celui d'assurer dans leur Etat la primauté de la règle de droit, de contribuer à réaliser l'état de droit.

Cette notion de primauté du droit est toutefois d'une grande ambiguïté. La *rule of law* au sens anglo-américain implique que la liberté d'action du citoyen ne peut être que limitée par des règles juridiques valides¹⁷⁷. L'expérience indique que de telles règles juridiques a priori valides peuvent étouffer toute liberté du citoyen et que l'épanouissement des peuples n'est pas forcément garanti par un tel cadre formel¹⁷⁸.

Il faut aller un pas plus loin pour définir les exigences minimales d'un régime approprié aux exigences de l'épanouissement du citoyen et rechercher la structure appropriée pour chaque Etat. L'indépendance judiciaire est justifiée parce qu'elle permet de promouvoir des objectifs sociétaux fondamentaux (notamment créer la confiance du public dans l'impartialité du juge¹⁷⁹ et assurer la primauté du droit) mais elle n'est pas un but en elle-même¹⁸⁰. La façon de réaliser ces objectifs sera donc variable même sur le plan formel et a fortiori dans la réalité des choses.

2. La façon appropriée de réaliser un idéal de justice est variable selon les époques et les lieux et peut être formulée par des juristes qui découvrent un « corpus juris », qui organisent un cosmos dans lequel coexistent des corps sociaux différents. Jusqu'au XIX^e siècle, les juristes européens jouaient un rôle majeur dans l'ordonnancement de la société. Comme l'écrivit Royer-Collard, « Nous avons vu la vieille société périr, et avec elle cette foule d'institutions domestiques et de magistratures indépendantes, qu'elle portait en, son sein, faisceaux puissants des droits privés, vraies républiques dans la monarchie.

La Révolution a dissous jusqu'à l'association pour ainsi dire physique de la commune; elle a dissipé jusqu'à l'ombre des magistratures dépositaires de droits et vouées à leur défense. Spectacle sans exemple ! En effet là où il n'y a que des individus, toutes les affaires qui ne sont pas les leurs, sont des affaires publiques, les affaires de l'Etat. Là où il n'y a pas de magistrats indépendants, il n'y a que les délégués du pouvoir. C'est ainsi que nous sommes devenus un peuple d'administrés, sous les mains de fonctionnaires irresponsables, centralisés eux-mêmes dans le pouvoir dont ils sont les ministres »¹⁸¹.

Cette époque du triomphe d'une société de juristes est toutefois partiellement révolue suite à l'avènement des Etats souverains et fortement structurés. L'Etat souverain

contemporain est, dans beaucoup de conceptions, un Etat qui fixe lui-même les limites des libertés des citoyens, fût ce par le biais de lois formellement correctes. Beaucoup de théories quant à l'Etat de droit ont été formulées comme des réactions à l'absolutisme du pouvoir et des avertissements à cet égard ne datent pas de hier¹⁸².

Faut-il admettre que l'Etat souverain est un point de départ inéluctable de toute réflexion quant à l'Etat de droit, celui-ci se définissant comme un Etat souverain contenu par un système de checks and balances dans les limites de la rationalité? Ce n'est pas certain, car admettre la souveraineté de l'Etat a priori aboutit rapidement à légitimer certaines pratiques inacceptables. John Locke a tenté de développer un système de libéralisme basé sur le droit naturel et contestant donc, dans son contexte historique, la souveraineté de l'Etat¹⁸³. Il a également formulé le principe de la séparation des pouvoirs de nature à protéger la liberté. Montesquieu, qui insiste encore plus que Locke sur le rôle du pouvoir judiciaire, souhaite que les tribunaux soient tirés du peuple, soient un pouvoir réel qui ne s'identifie pas au pouvoir du souverain. La leçon qui peut être tirée tant de Locke que de Montesquieu est qu'il faut que le pouvoir arrête le pouvoir.

L'arrêt que donne le pouvoir au pouvoir n'implique pas qu'un type précis de schéma constitutionnel ait la préférence mais impose une recherche empirique de l'optimisation des institutions dans une nation à une époque donnée. Derrière le pouvoir de juger, il faut un pouvoir politique qui le soutient: cela peut être le peuple, le parlement, les médias, mais le simple modèle constitutionnel occidental classique n'est pas une garantie de cette indépendance¹⁸⁴.

3. L'indépendance de la justice est un bien. Machiavelli constate à juste titre que celui qui détient le pouvoir et veut le conserver n'a pas de temps à consacrer à autre chose que cette tâche. La tâche du juge est dans un tel contexte de s'assurer, dans sa sphère de compétences, que les intérêts du citoyen et des collectivités soient adéquatement pris en compte.

Le but de ce colloque était de nous assurer de savoir en quelle mesure effectivement dans nos Etats nous parvenions, dans les faits, en tant que juges, à constituer cet élément des checks and balances recommandé dans tout système soucieux de la sauvegarde des intérêts individuels et collectifs, et ce, quelle que soit la forme des institutions qui caractérise notre pays.

La façon dont cela a été réalisé dans les différents Etats est très divergente: certains modèles ont été repris fréquemment (je pense notamment au modèle français), d'autres par contre ont fait peu d'emprunts. Les emprunts à des régimes étrangers ne sont pas faciles à réaliser car l'insertion de formules étrangères ne colle pas toujours facilement avec la réalité sociologique. Mais un point est commun à tous: sur papier du moins, tous les

Etats souhaitent préserver une indépendance de la justice tant à l'égard de ceux qui détiennent le pouvoir politique que par rapport aux parties en présence devant le juge. Nous verrons dans les instants qui viennent comment cela s'est réalisé.

4. Je parlerai fort peu dans les lignes qui suivent des juridictions internationales ou transnationales. La structure de ces institutions et le prestige de leurs membres ont assuré en règle leur parfaite indépendance. Sans cette indépendance, elles cesseraient immédiatement d'exister.

5. Le formulaire et nos débats ont porté notamment sur les éléments suivants: des éléments structurels: comment sur un plan formel, l'indépendance des juges est-elle garantie ?

Un test particulier de cette indépendance des juges par rapport à la souveraineté de l'Etat est donné par la possibilité que l'Etat et ses émanations soient mis en cause devant le juge. Un autre test particulier de cette indépendance structurelle est le rôle du parquet par rapport au siège: le parquet représente en quelque sorte la souveraineté de l'Etat et les relations par rapport au juge sont particulièrement intéressantes à comparer. Enfin, dernier élément important à comparer: le budget que consacrent les Etats à l'administration de la justice. C'est donc, dans ce chapitre, l'indépendance institutionnelle ou collective qui est envisagée.

La question de la personnalité du juge a été ensuite examinée: la communauté de juges développant un corpus juris dans leur Etat peut constituer un facteur puissant de développement du droit. Nous avons vu que dans des Etats avec de multiples centres de décision une telle communauté peut être décisive comme elle l'a été d'ailleurs en Europe avant que ne soient créées des Etats centralisés ou encore actuellement en Europe dans l'Union européenne qui n'a pas encore les structures d'un Etat. Des éléments adventices comme la formation du juge, son recrutement, sa rémunération de base, son statut social, éclaireront cet aspect.

Au-delà du statut du juge vient le problème de son fonctionnement dans la pratique, dans la vie quotidienne. Il s'agira de son indépendance par rapport aux éléments non-gouvernementaux tels les médias (les médias pouvant être étroitement liés à l'Etat), les syndicats ou les groupes religieux (ces derniers pouvant toutefois s'identifier avec le pouvoir d'Etat) ou d'autres groupes sociaux.

Les garanties procédurales joueront aussi un rôle permettant au juge d'asseoir son indépendance.

Le juge fragilisé sera le dernier thème privilégié de cette synthèse. Son indépendance peut-elle être mise en cause par des actions en responsabilité dirigées contre lui?

Des règles déontologiques guident-elles son action? Quelles sont ces règles et qui les façonne et les applique?

Tous ces thèmes ont un point commun: le juge qui a comme volonté d'être au service de la société dans la mesure de ses moyens peut-il, dans nos pays réaliser son idéal? En d'autres mots: a-t-il le droit d'être indépendant et impartial et est-il incité à l'être dans nos Etats ? La réponse à la dernière question du questionnaire, la Justice a-t-elle été gravement mise en cause ces dix dernières années, indique ouvertement que dans pratiquement tous les pays concernés, la justice a été mise en cause soit à l'occasion d'affaires ponctuelles et médiatisées (Outreau, Dutroux, des élections), soit de façon plus systématique. La route vers la perfection est encore longue ainsi que les réponses l'ont démontré.

A. Eléments structurels

1. *Le schéma théorique*

6. Aucun modèle d'organisation de la justice ne peut prétendre à être un modèle pour tous: l'indépendance du juge au sens où je l'entends n'est pas le fruit d'un modèle théorique. Les structures peuvent aider, mais ne suffisent pas; certaines structures au contraire sont nettement défavorables au bon fonctionnement de la justice. Mais même des structures parfaites sur papier peuvent être totalement inadéquates notamment parce qu'elles ne sont pas adaptées au contexte sociologique ou politique dans lesquelles elles sont implantées. A cet égard il est inquiétant d'entendre que dans beaucoup d'Etats la tradition historique n'a pas exercé de rôle dans la structure judiciaire actuelle, mais qu'un modèle externe commun s'est imposé.

Cette circonstance a aussi des avantages: l'échange d'expériences devient plus aisé.

Certaines conditions minimales doivent être observées, quel que soit le type d'organisation. Mais ici se retrouve tout de suite une ambiguïté certaine. Les déclarations officielles, même contenues dans des textes constitutionnels, n'indiquent pas forcément que le juge est indépendant dans les faits. L'article 16 de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose « que toute société dans laquelle la séparation des pouvoirs n'est pas assurée, n'a point de constitution ». Et l'article 9 de la Constitution du 5 janvier 1976 du Kampuchea démocratique dit la chose suivante: « L'organisation judiciaire est constituée par les tribunaux populaires qui représentent et défendent la justice du peuple, défendent les libertés démocratiques du peuple et punissent tout acte mené contre l'Etat populaire ou violant les lois de l'Etat populaire ». A une échelle sans doute différente dans les deux cas l'indépendance de la justice n'était pas garantie lors de ces périodes troublées, malgré ce que disaient les textes.

L'absence d'affirmation de l'indépendance du pouvoir judiciaire peut même être un signe de bonne santé citoyenne si cette indépendance paraît s'imposer à tous et de toute évidence. La Belgique jusqu'en 1998 ne l'affirmait pas et l'introduction de la notion de l'indépendance judiciaire dans la Constitution (article 151) a plutôt contribué à la réduire. Le fait de définir peut amener à circonscrire et réduire.

Il n'empêche qu'une bonne définition de ce qu'implique l'indépendance judiciaire est certainement un atout. Le Canada qui a une longue tradition à cet égard et a ciselé la notion en recherchant ses fondements historiques a été exemplaire pour assurer la liberté du juge¹⁸⁵.

Peu de pays n'expriment pas, dans les textes, leur attachement à l'indépendance des juges, que ce soit directement ou par la référence à la séparation des pouvoirs, l'idée sous-jacente étant la même.

L'Albanie (Constitution de 1998), le Bénin (Constitution du 11 décembre 1990), la Bulgarie (article 115 de la Constitution), le Cambodge (constitution de 1993), le Cameroun (constitution de 1996), l'Egypte, la France, la Guinée (loi organique du 23 décembre 1991), Haïti (Constitution de mars 1987), Hongrie, Liban, Madagascar, Mali (loi fondamentale du 25 février 1992), Maroc (article 82 de la Constitution), Mauritanie (depuis 2005), Moldavie, Niger (constitution du 9 août 1999), Tchéquie, Roumanie, Sénégal, Suisse, Togo, tous ces Etats proclament d'indépendance du pouvoir judiciaire dans un texte fondamental.

La réalité s'écarte donc parfois des textes mais ceux-ci indiquent tous l'importance de l'indépendance judiciaire comme élément fondateur de la suprématie du droit.

2. Les conseils supérieurs de la magistrature et autres

7. Un rôle particulier dans cette indépendance structurelle est joué par les différents types de « conseils judiciaires » ou « conseils de la magistrature » ou de la justice (par la suite, nous appellerons ces institutions : conseils de la magistrature). Leur importance est très inégale dans les différents pays et il serait vain de vouloir comparaître des institutions qui n'ont que de fort éloignés rapports. Leur composition est d'ailleurs extrêmement variée et parfois un même conseil de la magistrature a une composition variable selon les sujets qu'il traite. La composition est notamment parfois spécifique lorsque le conseil statue au disciplinaire. Dans une très grande majorité des pays, ces conseils ont une composition mixte, en partie des membres de l'organisation judiciaire, élus par leurs pairs ou nommés par le pouvoir, en partie des 'externes'. Un exemple de cette structure se retrouve au Maroc où quatre membres de droit se retrouvent aux côtés de 6 membres élus, sous la présidence du Roi. Un autre exemple est la Côte d'Ivoire ou la Hongrie laquelle a un statut très élaboré et accorde une place centrale au conseil de la magistrature.

Dans certains Etats ces conseils de la magistrature ont constitué l'instrument par excellence pour rendre plus libres la gestion de l'organisation judiciaire, des nominations et des promotions¹⁸⁶.

Dans d'autres pays les organes n'ont joué qu'un rôle anecdotique au point de vue de l'indépendance (p.e. en Belgique) ou bien leur composition a simplement reflété l'emprise du pouvoir sur ces conseils et indirectement sur la magistrature. Dans des pays où l'indépendance même imparfaite faisait déjà partie d'une tradition, l'apport du conseil de la magistrature a été parfois négligeable; dans les pays où l'indépendance de la magistrature posait un sérieux problème, l'apport de ces conseils a été en règle générale positif.

Notons aussi que les conseils de la magistrature n'ont que rarement dans leurs attributions la tâche de veiller aux intérêts matériels personnels des juges : d'autres organes prennent ces soucis syndicaux en charge.

3. Le parquet

8. Le rôle du parquet est dans ce contexte également illustratif de l'indépendance du juge. Nous voyons, particulièrement dans les pays ayant connu un gouvernement socialiste, une scission nette entre le parquet et le siège. Le parquet est perçu comme étant l'émanation du pouvoir exécutif et n'est nulle part pratiquement placé sur le même pied que les membres du siège. Pour les Etats appartenant au Conseil de l'Europe ce mouvement a été accéléré sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme qui par des arrêts clairs et consécutifs a forcé cette évolution vers une scission entre les tâches. Cela a été imposé même au niveau des Cours suprêmes dans des pays où le procureur général jouait plus le rôle de l'*amicus curiae* (Pays-Bas, Belgique, France).

Sans doute les membres du parquet bénéficient-ils de certaines formes d'indépendance, mais elle s'exerce dans un cadre distinct de celui de l'indépendance du juge¹⁸⁷. Les garanties de nomination, promotion etc. sont fréquemment mentionnées utiles mais sont à évaluer au cas par cas. L'intérêt de l'indépendance du parquet est en quelque sorte qu'elle est la garante de celle du siège. Si le parquet est indépendant, le pouvoir sera moins enclin encore de tenter d'exercer des pressions sur les juges. Ceci explique sans doute, comme le relèvent plusieurs intervenants, que la tendance à exclure les parquets du pouvoir judiciaire est une tendance très minoritaire.

Les fonctions sont donc nettement distinctes et une même personne physique ne peut, en règle, exercer simultanément les mêmes fonctions au siège et au parquet.

Par contre le passage d'une fonction à l'autre, successivement dans le temps, se retrouve dans beaucoup de pays (p.e. au Niger et au Sénégal). C'est souvent un mouvement

dans le sens parquet-siège qui s'observe. Cette fluidité dans la carrière est importante pour le parquet principalement car elle symbolise l'appartenance à un pouvoir (ou une autorité) judiciaire unique.

4. *L'Etat devant son juge*

9. Le fait qu'un justiciable puisse assigner l'Etat devant les tribunaux est un indicateur important mais non décisif de l'indépendance de la justice.

Beaucoup d'Etats connaissent un contentieux de l'annulation des actes individuels ou réglementaires accomplis par le pouvoir. Que ce soit devant un Conseil d'Etat ou devant une autre juridiction, cette compétence se retrouve pratiquement dans tous les pays.

La plupart des Etats admettent également un contentieux subjectif devant les tribunaux ordinaires, que ce soit au provisoire ou au définitif et reconnaissent aux tribunaux ordinaires le droit de ne pas appliquer des actes de l'exécutif qui violent la loi ou la Constitution (ou la norme internationale).

Ce pouvoir du juge n'a pas toujours été admis facilement. Il était admis jusqu'au début du XX^{ème} siècle que le pouvoir exécutif ne pouvait être rendu comptable de ses manquements. Sur le plan national et sur le plan transnational, la situation a évolué et la responsabilité des pouvoirs publics peut être dorénavant mise en cause.

10. Certaines précautions de procédure sont prises par certains et la France notamment a une tendance protectrice des pouvoirs. Par ailleurs autant la mise en cause de l'Etat pour des actes accomplis ou non accomplis alors qu'ils auraient dû l'être ou ne pas l'être par le pouvoir exécutif, apparaît relativement aisée aux esprits actuels, autant la mise en cause de l'Etat ou de ses organes pour des agissements commis par le pouvoir législatif ou judiciaire pose problème.

C'est principalement la mise en cause du pouvoir législatif qui est complexe, dans les démocraties traditionnelles, étant donné la primauté conceptuelle du pouvoir législatif dans les systèmes de représentation parlementaire. Cette primauté a néanmoins été mise à mal, même dans ces démocraties traditionnelles, sous l'influence du droit européen qui reconnaît une primauté absolue aux normes communautaires sur toutes les normes nationales, y compris d'ordre constitutionnel. Il n'en fallait pas plus pour que les juges nationaux européens reconnaissent, dans leur ordre interne, sans trop de difficultés la responsabilité de l'Etat pour les manquements commis en réalité par le pouvoir législatif¹⁸⁸.

Quant au pouvoir judiciaire, sa responsabilité peut être engagée de deux façons.

Soit l'organe est tenu pour responsable, soit c'est l'Etat mais le cas échéant avec une possibilité de recours contre l'organe (l'action dite récursoire). Beaucoup d'Etats reconnaissent que la responsabilité de l'Etat peut être engagée à la suite de manquements commis par les juges (ou par les membres du parquet): Albanie, Belgique, Bénin, Bulgarie, Burkina Faso, Egypte, la France depuis la loi du 5 mars 2007, la Hongrie, Ile Maurice, Maroc, Mauritanie, Niger Tchèque, Roumanie, Sénégal, Tchad. La Cour de justice des communautés européennes reconnaît également la responsabilité des Etats membres de l'Union du fait des manquements commis par les organes juridictionnels¹⁸⁹. Par contre, ces mêmes Etats qui admettent la responsabilité de l'Etat sont beaucoup plus circonspects quant aux actions récursoires qui peuvent être introduites contre les magistrats par l'Etat. Ceci n'est pas seulement le reflet d'un réflexe corporatiste de protection des magistrats par leurs pairs, mais est lié à un point sur lequel nous reviendrons ci-après: l'immunité (relative) du juge pour les décisions qu'il rend.

Une solution qui favorise certainement l'indépendance du magistrat est de considérer que le « mal jugé » n'est pas forcément à traiter comme une faute, mais comme un aléa de la vie sociale qu'il faut pouvoir indemniser par des voies objectives ou forfaitaires. Les voies de recours exercées avec succès ne sont pas toujours de nature à supprimer le préjudice.

Une indemnité sans faute est ainsi accordée dans certains Etats du fait de « détention inopérante » (p.e. à la suite d'un acquittement). La Belgique connaît ce régime depuis 1973. Une loi française du 17 juillet 1970 modifiée le 15 juin 2000 connaît le même régime.

5. L'organisation judiciaire sans moyens d'action

11. L'Etat qui ne consacre pas un minimum de ressources à l'administration de la justice n'aura pas non plus le souhait de développer l'indépendance de ses magistrats. Les chiffres récoltés par les magistrats participant à ce colloque devraient certes faire l'objet d'analyses plus fines. Certains budgets englobent par exemple le budget carcéral (cas de la Belgique, de la France et de Madagascar) ou le budget des « conseils de la magistrature », d'autres pas. Les chiffres sont donc quelque peu sujets à interprétation.

Les différences sont marquées:

Pays	Part du budget de la justice dans le budget de l'Etat	Montant	Evolution
Albanie	0,42%		En baisse
Belgique	3,15%	1535,5 millions € (chiffres 2007)	En hausse
Bénin	3,00%		En hausse
Bulgarie	2,3%		En hausse
Burkina Faso	0,3%		En hausse
Cambodge	0,37%		
Cameroun	1%		
Egypte			En hausse
France	2,34%		En hausse
Guinée	1,00%		Sq
Hongrie		280 millions €	En hausse
Maurice		4 millions €	En hausse
Liban	0,8%		Sq
Madagascar			En hausse
Mali	1,00%		En hausse
Maroc	2,03%		En hausse
Mauritanie	1,00%		En hausse
Moldavie	0,4%		En baisse
Niger	0,87%		En baisse
Tchéquie	2,00% (1,2 sans le budget pénitentiaire)		Sq
Rwanda	1,00%		En hausse
Sénégal	1,64%		En hausse
Tchad			En hausse
Togo	0,125 %		En hausse

Le problème de l'accès aux chiffres révèle que les autorités judiciaires ont rarement la maîtrise de leurs budgets et éprouvent des difficultés à gérer cet aspect de leur indépendance. Les chiffres ne sont donc pas forcément comparables, mais indiquent un ordre de grandeur. Parfois un chiffre important n'est pas révélateur notamment lorsque le budget concerné ne concerne que la partie fédérale d'un pays et que l'essentiel des dépenses est le fait des entités fédérées.

Du tableau, il apparaît que dans des Etats en voie de développement la justice n'est pas une dépense prioritaire ou du moins n'est pas traitée comme telle. C'est surprenant étant donné qu'une justice impartiale et fiable conditionne souvent les investissements externes qui peuvent contribuer au développement.

B. La personnalité du juge: son recrutement, sa carrière, son statut

1. La formation et le recrutement

12. Qui sont les juges? Quelle est leur formation?

Pour le développement harmonieux et audacieux de la norme et pour assurer l'indépendance du juge, il est capital que celui-ci soit bien formé et suscite le respect de la population.

Une optique qui se retrouve fréquemment est celle de nommer comme magistrat uniquement ou à tout le moins principalement des personnes issues d'une école de la magistrature, école qui fait suite à des études de droit et à laquelle en général on n'est admis que sur concours. Ce sont donc des jeunes inexpérimentés qui sont nommés par le pouvoir¹⁹⁰.

Ce schéma se retrouve avec des nuances en Albanie, au Bénin, au Cameroun, au Cambodge, en France, au Liban, et à Madagascar.

Un autre système, qui semble avoir le plus de faveurs, consiste à nommer les magistrats sur la base d'un concours, la réussite au concours donnant vocation à être nommé sans impliquer néanmoins une nomination précise. C'est le système choisi par la plupart des Etats, même si une nomination sur titres est également possible comme voie parallèle (p.e. au Burkina Faso, Niger, Sénégal). Le concours est organisé dans certains Etats sous contrôle du conseil de la magistrature ou d'un organe équivalent, ce qui peut contribuer à assurer une certaine objectivité du concours.

Ce qui est frappant dans l'ensemble de ces systèmes est le fait que l'accès à la magistrature ne se fait pas en règle générale par la voie du grand choix du politique, par une décision discrétionnaire du Ministre de la Justice ou du gouvernement (le système Suisse fait quelque peu exception à cette règle, mais la structure politique de la Suisse explique

cette particularité; le système canadien déroge également à l'interdiction de la nomination discrétionnaire).

Une autre particularité est le fait que le système favorise le recrutement de jeunes éléments qui feront toute leur carrière dans la magistrature. Sans doute quelques conditions d'âge sont mises de ci, de là et une formation pratique est assurée en début de carrière mais cela ne change pas l'option fondamentale.

Le choix est donc différent de celui fait dans les pays de droit anglo-américain qui privilégie l'expérience acquise notamment au cours d'une longue carrière au barreau.

13. Ce choix fait pour la jeunesse a comme corollaire inévitable que les Etats doivent mettre en place un système de formation approprié des jeunes magistrats et que la formation continue est encore plus nécessaire. La formation de départ tend à suppléer aux carences inévitables d'une formation de licencié en droit et n'est, de l'avis de tous, pas destinée à mettre les magistrats dans un moule idéologique mais bien à leur assurer une connaissance non livresque de la science de juger ou de poursuivre. Des formations très élaborées sont ainsi assurées au Sénégal (avec une première partie en internat, une seconde composée de stages pratiques).

Par ailleurs, avec plus ou moins de bonheur, des programmes de formation continue sont prévus dans la plupart des Etats, mais l'on sait que ces formations continues ne constituent pas toujours la panacée de la fonction. Elles s'adressent trop souvent aux magistrats déjà les plus ouverts et dynamiques. Les stages à l'étranger notamment n'ont pas toujours l'effet escompté.

2. Une fonction décentement rémunérée?

14. Le système est-il de nature à attirer les meilleurs juristes et plus généralement, les juristes les plus désireux de servir l'intérêt général? Il n'y a pas moyen de répondre à cette question de façon objective. Des brillantes personnalités peuvent être attirées par la pratique privée plus lucrative qu'une carrière de magistrat, mais peuvent tout autant être séduits par un engagement au profit de l'intérêt général marqué de plus d'austérité.

La rémunération est, dans notre société, un facteur important pour attirer les éléments les plus prometteurs. En dessous d'un certain niveau, les candidatures seront rares, même si la carrière est intéressante; mais de trop hauts salaires ne sont pas forcément nécessaires pour attirer des candidatures intéressantes.

Et s'agissant de rémunération, un facteur important dans le calcul économique

des candidats sera aussi l'évolution de la rémunération, voire le régime de pension, la stabilité de la rémunération, etc. La sécurité financière est censée de protéger les magistrats contre les ingérences du pouvoir exécutif ou contre les tentations de la corruption. Le système de rémunération et de pensions devrait donc idéalement être basé sur des critères clairs et objectifs et être fixé par la loi. Aucune autorité ne devrait pouvoir modifier d'une façon arbitraire les salaires et pensions des magistrats. Plusieurs Etats ont veillé à cette stabilité et sécurité. Dans certains Etats la procédure de négociation salariale est bien mise au point. La question est souvent de trouver des représentants des magistrats qui, de façon crédible, puissent négocier ces problèmes sans compromettre l'image positive des magistrats (l'exemple Canadien donne une solution intéressante).

De façon assez logique aussi ce qui déterminera le choix de carrière sera la comparaison faite entre la rémunération dans la magistrature et celle offerte dans des carrières relativement proches (p.e., d'un juriste dans l'administration de l'Etat).

Comparer tous ces éléments est quasi impossible et seules quelques pistes seront indiquées ci-après. Les montants ont été tous convertis en Euro pour la facilité de la comparaison, mais il va de soi que les traitements sont payés en monnaie nationale.

	Traitement début de carrière	Evolution en cours de carrière (hors promotion)	Tension salariale entre niveaux de fonctions (juge débutant/juge placé le plus haut)	Avantages divers à ajouter	Comparaison avec niveau moyen salaires fonction publique
Albanie	654 €	Négatif	200%		Egal
Belgique	3232 € (brut)	Oui	180%	Oui	Egal
Bénin	480 €	Oui	150%		150% de la fonction publique

	Traitement début de carrière	Evolution en cours de carrière (hors promotion)	Tension salariale entre niveaux de fonctions (juge débutant/juge placé le plus haut)	Avantages divers à ajouter	Comparaison avec niveau moyen salaires fonction publique
Bulgarie	340 €	Oui			200%
Burkina Faso	210,56 €		216%		
Cambodge	240 €		200%	Oui	Egal
Cameroun	340 €		290%	Oui	>
Egypte	257,72 €		400%		
France	2000 € (brut)	Oui	300%	Oui	Egal

	Traitement début de carrière	Evolution en cours de carrière (hors promotion)	Tension salariale entre niveaux de fonctions (juge débutant/juge placé le plus haut)	Avantages divers à ajouter	Comparaison avec niveau moyen salaires fonction publique
Guinée	51,47€		229%	Oui	
Haïti	400 €	Non	483%	Oui	Egal
Hongrie	1381 €	Oui	145%	Oui	>
Ile Maurice	1800 €		130%	Oui	>
Liban	850 €		266%	Oui	Egal
Madagascar	221 €		162%		Egal

	Traitement début de carrière	Evolution en cours de carrière (hors promotion)	Tension salariale entre niveaux de fonctions (juge débutant/juge placé le plus haut)	Avantages divers à ajouter	Comparaison avec niveau moyen salaires fonction publique
Mali	156,07 € (brut)		280%	Oui	
Maroc	688 €		391%		>
Mauritanie	300 €		200%	Non	>
Moldavie	253 €			Non	Egal
Niger	234 € (net)		188%	Oui	>
CCJA	3812 €				<fonctionnaires internat

	Traitement début de carrière	Evolution en cours de carrière (hors promotion)	Tension salariale entre niveaux de fonctions (juge débutant/juge placé le plus haut)	Avantages divers à ajouter	Comparaison avec niveau moyen salaires fonction publique
Pologne	1255,76 €	Oui	200%	Non	
Tchéquie	1691,12 €		284%	Oui	>
Roumanie	508,19 €		371%	Oui	Egal
Rwanda	486 €		394%		>
Suisse			16375€ pour tribunal fédéral		
Tchad	413,30 €	Oui	222%	Oui	>
Togo	199,15 €		300%	Oui	>
Sénégal					Egal

15. Ce tableau doit être approché avec prudence, parce que les données recueillies ne permettent pas toujours de distinguer ce qui est net et ce qui est brut. Le montant des primes et avantages en nature est également de nature à fortement nuancer les données de ce tableau.

Par ailleurs, les montants exprimés ne permettent pas d'apprécier quel est le pouvoir d'achat de ces montants dans les Etats concernés.

Néanmoins plusieurs enseignements peuvent en être tirés.

Un premier est que les traitements accordés dans tous les pays restent relativement modestes voire clairement insuffisants pour assurer une vie décente aux magistrats et implique que ceux-ci devront souvent s'assurer d'autres sources de revenus. La tension relativement basse entre les traitements d'entrée dans la magistrature et le plus haut traitement indique également que le corps judiciaire forme un tout assez solidaire. Le magistrat le mieux payé des Etats ne perçoit somme toute qu'un traitement relativement modeste, ce qui indique également que le poids politique des magistrats est modeste.

Une constatation assez positive permet de voir que dans la fonction publique, les magistrats ne sont pas les parents pauvres, mais certains rapporteurs font état de ce que les fonctionnaires ordinaires ont des possibilités d'acquérir des revenus autres que leurs revenus de base alors que les magistrats en règle ne peuvent cumuler leur traitement avec des revenus provenant d'autres activités.

3. Les promotions et la carrière

16. Le statut financier (et sociologique) du juge peut bénéficier du fait que le juge reçoit une promotion ou accède à un nouveau grade. Il est frappant de constater qu'alors que pour la primo-nomination des garanties nombreuses d'objectivation sont prises dans tous les Etats, fréquemment les promotions sont accordées selon le pouvoir discrétionnaire. L'ancienneté joue assurément partout un rôle dans l'attribution des grades et des fonctions, mais force est de constater que le pouvoir s'arroge ici une plus grande liberté.

Cette liberté est quasi intégrale dans la plupart des pays pour les plus hautes fonctions ou pour la Cour suprême. Dans une minorité d'Etats, les conseils de la magistrature jouent également un rôle à l'égard des cours suprêmes¹⁹¹.

17. L'Etat de droit suppose que soit assurée au juge une certaine stabilité, quoique ceci ne doit pas être exagéré: le modèle Suisse nous rappelle qu'une nomination à vie des magistrats n'est pas la seule façon de garantir son indépendance. Mais dans l'ensemble deux caractéristiques prédominent: des textes formels encadrent la carrière du juge et le juge bénéficie d'une grande stabilité lui permettant d'assurer son indépendance d'esprit sans risque de sanction pécuniaire ou autre.

Derrière cette apparente uniformité se cachent plusieurs nuances.

Plusieurs éléments peuvent garantir la stabilité de la fonction. Une des premières garanties est l'inamovibilité des magistrats une fois nommés. Cette inamovibilité est garantie dans certains Etats par leur Constitution (notamment en Belgique et au Canada)¹⁹². Cette garantie ne s'oppose toutefois pas à ce qu'un juge soit révoqué ou destitué pour motifs disciplinaires dans les cas prévus par la loi ou encore qu'il soit mis à la retraite (tous les Etats concernés mettent un âge limite aux fonctions de juge). Cette garantie ne s'oppose pas non plus à ce que certaines fonctions ne soient attribuées que dans le cadre d'un mandat: p.e. des fonctions à une cour suprême (Albanie) ou à des fonctions de chef de corps ou de chef de corps adjoint. Elle ne s'oppose pas non plus, de toute évidence, à une demande de la part de l'intéressé qui peut de cette façon obtenir une promotion (même si une promotion volontaire peut évidemment être un système pour empêcher un magistrat de traiter un dossier déterminé).

Certains Etats ne garantissent pas cette inamovibilité dans un texte constitutionnel ou légal fondamental mais règlent ce problème dans le cadre des mutations et promotions comme un simple problème statutaire, régissant de nouvelles affectations (c'est le cas du Mali où l'inamovibilité est réglée de façon nuancée). Avec nuances la plupart des Etats veillent à ce que les transferts, mutations et délégations ne se fassent que de l'accord des personnes concernées. Un système trop rigide offre des inconvénients, car les besoins peuvent être tels qu'il faut pouvoir inciter les magistrats à une certaine flexibilité. Cela peut se faire bien sûr par des incitants de carrière et de cursus, cela peut se faire aussi, de façon oblique, en nommant pour sa primo-nomination, le magistrat dans plusieurs tribunaux à la fois (Belgique)¹⁹³.

L'inamovibilité par ailleurs ne protège en règle pas les membres des parquets pour un motif évident: les membres du parquet sont censés plus proches de l'exécutif, quoique certains Etats garantissent même aux membres du parquet une certaine stabilité.

Enfin, la stabilité n'est pas du tout garantie dans certains pays et l'indépendance s'en trouve menacée: Haïti en est un exemple, les juges de paix pouvant être révoqués à tout instant et les mandats des juges n'étant pas forcément renouvelés.

18. Le statut proprement dit assure le bon déroulement de la carrière, contient des éléments relatifs aux évaluations et promotions, aux affectations. Les statuts des différents pays ne sont certes pas uniformes. Le rôle des conseils de la magistrature est un point pivot. Dans la mesure où ces conseils sont bien structurés et puissants, ils formalisent et contrôlent les promotions, mutations et le cas échéant, les évaluations.

Leur puissance est en partie fonction de l'étroitesse de leurs liens avec le pouvoir,

ce qui est à la fois un bien et un mal : ils peuvent être l'outil du pouvoir et être donc très effectifs, ils peuvent être très indépendants du pouvoir mais du coup être plus fragiles.

Il est donc malaisé d'établir une typologie des statuts, d'autant plus que dans certains Etats le système est en pleine évolution (p.e. au Bénin, où le conseil de la magistrature planche sur un mécanisme destiné à assurer le bon déroulement de la carrière de magistrat).

Certains éléments méritent d'être soulignés.

19. Beaucoup d'Etats attachent de l'importance à une évaluation de leurs magistrats et dans cette mesure exigent qu'une évaluation périodique soit faite selon des critères précis de qualité soit de façon systématique (par exemple tous les deux ans, chaque année ou tous les cinq ans) soit lorsque le magistrat est candidat à une promotion. Mentionnons parmi les pays « évaluateurs » l'Albanie, la Belgique, la Bulgarie, la France, la Mauritanie, le Tchad.

L'efficacité de l'évaluation donne lieu à discussion. En Belgique, il n'y a pratiquement que le Conseil de la magistrature qui contrôle cette évaluation, à s'en félicite¹⁹⁴. Le lien avec l'indépendance du magistrat est aussi difficile à établir: pour que l'évaluation y contribue, il faut que cette évaluation puisse être un adjuvant pour celui qui est évalué positivement et que cette évaluation positive soit le résultat d'un examen objectif fait par une autorité suffisamment indépendante (l'évaluation par le chef de corps ne satisfait pas nécessairement à ce critère) et idéalement puisse faire l'objet d'un recours si des conséquences matérielles ou pratiques découlent d'une évaluation négative .

20. Le plan de carrière est également difficile à comparer. Certains pays connaissent encore un système pyramidal à la Française (tribunaux d'instance, cours d'appel, Cour de cassation), pour d'autres ce système leur est inconnu et la nomination comme magistrat est à la fois le début et l'aboutissement de la carrière. Certains connaissent un système de grades qui ouvrent l'accès à des fonctions, pour d'autres les grades sont inconnus. La séparation de grade et fonction (p.e. au Cameroun) permet un avancement (financier et honorifique) sans que ne soit mis en jeu une compétition pour des fonctions. Le lien entre grade et fonction n'est jamais tout à fait rompu : l'exercice de certaines fonctions est toujours réservé à certains grades, ce qui est aussi une garantie de stabilité (voir p.e. Madagascar pour l'accès aux cours d'appel). Presque tous les pays ont une cour suprême dont l'accès est réglé différemment de l'accès aux autres juridictions et dont les membres n'exercent parfois qu'un mandat temporaire ou peuvent être recrutés hors magistrature.

Tous les pays traitent de façon particulière ceux qui au sein des juridictions exercent des fonctions de gestion, d'administration ou de coordination. Il est frappant de voir

combien peu d'Etats confient aux juridictions elles-mêmes la désignation aux mandats de gestion et coordination. Les juridictions semblent avoir perdu le droit de choisir leur propre président et vice-président.

Les régimes contemporains préfèrent donner ce pouvoir à une autorité extérieure (c'est notamment le cas en France). Une méfiance s'est installée à l'égard de la cooptation, supposée source d'une confortable inertie.

Pour les promotions simples (avancement en grade, changement vers une juridiction supérieure, mutation), les conseils de la magistrature jouent un rôle décisif ou significatif en Albanie, en Belgique, en Bulgarie, en France, en Hongrie, au Liban, au Mali, au Maroc, en Moldavie, au Niger, en Roumanie, au Sénégal. Certains Etats organisent même des concours pour les promotions, ce qui objective complètement les promotions.

21. Un point sensible est certainement, dans le plan de carrière, la possibilité d'exercer des mandats politiques en cours de carrière ou même des mandats dans l'exécutif comme fonctionnaire, et de retourner ensuite dans la magistrature. L'exercice simultané de fonctions politiques ou administratives et de fonctions judiciaires est prohibé dans la plupart des Etats (expressément) mais le passage par la politique ou l'administration est vu de façon différente.

Le magistrat qui pendant une certaine période de sa vie bénéficie d'un détachement vers l'administration ou peut suspendre sa carrière pour exercer un mandat politique, a en mains des atouts de carrière significatifs. Cette possibilité qui existe dans de nombreux pays offre l'avantage d'une formation et expérience intéressante mais ouvre la porte au favoritisme pour ceux qui ont su créer de la sorte un réseau d'appuis. Les réglementations diffèrent selon les pays. On distingue par exemple parfois la situation d'un magistrat de parquet de celle d'un membre du siège (les membres du siège ne pouvant être détachés vers l'administration)¹⁹⁵ ou encore la possibilité de réintégration est soumise à un contrôle strict ou avis préalable des conseils supérieurs.

C. Le magistrat dans la vie quotidienne

1. *Les redoutables et utiles médias*

21. L'évolution de la fonction de juger est remarquable. En conférant aux tribunaux la censure des actes illégaux du pouvoir, les Constituants des différents Etats ont mis littéralement les administrations sous contrôle judiciaire. Les gouvernements n'ont pas accepté cette évolution de gaieté de cœur, et les critiques des médias ont été le fruit parfois amer de cette évolution.

Les médias ont un impact redoutable sur l'indépendance de la magistrature du fait qu'ils sont concentrés en peu de mains, voire sont contrôlés par le gouvernement. Ils peuvent aussi soutenir l'attitude indépendante des magistrats ou... les magistrats marginaux qui sont en conflit avec leur hiérarchie. Montesquieu n'avait pas prévu l'émergence de ce quatrième pouvoir. L'indépendance de la magistrature se verra confrontée à l'indépendance des médias : les deux indépendances sont garanties par des textes fondamentaux et toutes les deux sont nécessaires au développement des Nations. Leur coexistence provoque de nombreuses tensions.

L'emprise des médias, favorisée par la combinaison des développements technologiques et des stratégies économique-financières, a non seulement confirmé l'hypothèse de la société du spectacle ou la politique spectacle, mais elle a aussi fait advenir la « justice-spectacle »¹⁹⁶.

L'impact du message télévisé sur le public notamment est irréversible et énorme: l'image est capitale et irréversible. Comme l'indique Besson, dans un petit livre un peu amer, « le public a toujours raffolé de divertissements ou d'écrits offrant la Justice en spectacle pour la ridiculiser. On en riait, mais on ne cessait d'y croire. Maintenant on n'en rit plus guère, mais on y croit de moins en moins »¹⁹⁷. La situation s'est encore aggravée en parallèle avec la judiciarisation de la société.

Ce qui est diffusé par les médias de l'activité judiciaire est relativement limité et influencé naturellement par l'intérêt que portent les médias à certaines affaires. Dans des pays où subsistent encore des Cours d'assises pour certains crimes, l'intérêt journalistique est scotché sur ce genre d'affaires au point que cette attention excessive est devenue un argument des détracteurs des cours d'assises¹⁹⁸. Par ailleurs, les journalistes ont tendance à chercher leurs sources d'information en dehors du prétoire (Liban) pour obtenir plus facilement des informations « anticipées ». L'image donnée des événements judiciaires sera nécessairement tronquée.

Les relations entre les médias et la magistrature font parfois l'objet de dispositions relativement formelles ou d'accords cadres entre les représentants des médias et les organes judiciaires (c'est le cas de la Belgique, de la Suisse) mais de façon plus générale il est laissé à chaque juge individuellement d'agir selon sa conscience ou son courage. Ce qui facilite la chose c'est le respect par les médias de codes de déontologie supervisés par une autorité de régulation de la communication (comme au Bénin, la Haute Autorité de l'audiovisuel et de la communication). Par ailleurs des dispositions formelles interdisent dans tous les pays certaines informations couvertes par le secret (en règle générale, pour sauvegarder la présomption d'innocence de l'intéressé). Il est évident qu'au plus l'interdiction légale de communication est forte, au plus grande est la tentation de susciter des fuites et de tenter d'influencer le juge ou ses collaborateurs de faillir à son de voir

de secret¹⁹⁹.

Quelques grands principes émergent.

La presse obtient partout, sur papier du moins, des garanties de liberté. L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit notamment cette liberté, ce qui a amené la Cour européenne des droits de l'homme à censurer la Belgique parce que la Cour de cassation de ce pays avait condamné à des dommages intérêts des journalistes qui avaient calomnié des juges (sur la base des règles générales de responsabilité extracontractuelle). Aux yeux de certains donc, la liberté de la presse laisse une très grande latitude aux médias qui ne sont pas forcément astreints à vérifier toutes leurs sources. Dans certains pays par contre la réaction contre les égarements médiatiques semble plus aisée: Albanie, Cambodge, Cameroun, Egypte.

C'est là le point crucial: en quelle mesure l'abus commis par les journalistes peut-il être sanctionné? Si le journaliste peut écrire n'importe quoi sans crainte de sanctions, la pression sur le magistrat pour ne pas déplaire aux journalistes augmentera. Autre principe: la diffusion de certaines informations par la presse est interdite (notamment les affaires concernant les mineurs, les affaires à l'instruction) ce qui élimine par le fait même le danger d'une atteinte à l'indépendance des juges en ces matières. Le parquet en vertu d'une certaine tradition est lui moins soumis à discrétion (France, Belgique) mais il est aussi moins vulnérable ; cette liberté du parquet est peut être le fruit d'un droit à la liberté de parole qui est reconnue par beaucoup comme une garantie fondamentale de l'indépendance du parquet (voir p.e. Niger).

Autre principe également: le juge ne peut commenter ses propres décisions dans les médias (sauf à titre scientifique) et ne peut donc en quelque sorte disposer d'un droit de réponse qui serait d'ailleurs bien illusoire.

Un système particulier mérite sans doute que l'on s'y attarde. La France met dans l'article 11 de l'ordonnance portant statut de la magistrature une obligation de faire à charge de l'Etat qui consiste à empêcher les attaques contre les magistrats de quelque nature que ce soit ou de les faire cesser. Le magistrat n'est en d'autres mots pas tenu de réagir en personne contre les attaques dont il est la victime. Cette dépersonnalisation est potentiellement une arme efficace pour décourager des diffamations ou atteintes à l'honneur des magistrats, si bien sûr, le pouvoir exerce son rôle courageusement. Cette possibilité est employée avec une certaine réserve par le pouvoir. Dans d'autres Etats, ce seront les conseils supérieurs qui tenteront de protéger les magistrats contre les attaques subies dans les médias.

Il semble qu'une des façons pour les juges de se protéger, surtout dans des sociétés technologiquement évoluées, est de publier les décisions significatives sur internet ce qui permet à tout le moins à des journalistes indépendants de savoir ce qui a réelle-

ment été décidé et de ne pas se contenter de rumeurs. La publication des décisions peut d'ailleurs être, avec les outils contemporains, concomitante au prononcé oral²⁰⁰.

Par contre, les procédures en diffamation ou les procédures fondées sur la répression de l'outrage à magistrat sont rarement efficaces ou rarement pratiquées. Certains Etats connaissent le délit spécifique d'outrage à magistrat (Niger), d'autres Etats ont une réglementation commune visant les outrages aux autorités constituées (par exemple, le Togo).

Notons par ailleurs la possibilité de prendre des mesures d'ordre à l'égard de personnes commettant un outrage à magistrat, mais ceci est d'importance anecdotique et ne concernera d'ailleurs en règle pas les journalistes.

2. *Le juge dans « sa » société*

22. Le juge ne vit plus dans une citadelle d'auto-complaisance (à supposer qu'il l'ait jamais fait au XIX^{ème} siècle, comme l'indique le rapport français) mais est au « carrefour des domaines politique, économique et social, dans une société de plus en plus judiciarisée » (rapport Français). C'est le cas de tous nos pays. Cette ouverture au monde contemporain est sans doute plus facile à réaliser qu'une distanciation du monde dans lequel vit le magistrat et il faut le prémunir contre certaines influences qui pourraient pervertir son jugement.

A titre liminaire, précisons un fait sans doute majeur à cet égard. Certaines affaires seront soustraites aux tribunaux « civils » indépendants et relèvent de tribunaux communautaires et religieux (voir par exemple, le cas du Liban). Dans ces tribunaux l'indépendance au sens où elle est entendue dans cet exposé de synthèse est appréhendée de façon radicalement différente.

Une façon de le prémunir contre l'influence de groupes sociologiques est en quelque sorte de codifier ou formaliser cette influence. Ainsi en Belgique, en Suisse et au Liban l'appartenance à certains groupes linguistiques ou religieux est un facteur de sélection des magistrats. Ce critère de sélection ne signifie pas que les juges puissent être partiaux à l'égard de certains citoyens appartenant à d'autres groupes que ceux dont ils sont issus, mais assure grâce à la variété de la sélection une forme de pluralisme de nature à éviter des reproches de partialité.

Une autre façon d'assurer l'indépendance des magistrats est de restreindre leur appartenance à certains groupements. L'appartenance à un syndicat est topique, qu'il s'agisse d'un syndicat judiciaire là où ils existent, ou d'un syndicat général: cette appartenance est tantôt interdite, tantôt acceptée.

L'affiliation à un syndicat proprement dit est interdite en Pologne (article 178, alinéa 3 de la Constitution).

Elle est autorisée et ne pourrait être interdite en Belgique, en France, en Moldavie, en Tchéquie.

Des groupements de magistrats existent notamment en Belgique, au Bénin, en France, en Haïti, au Togo: ces groupements plus ou moins reconnus selon les cas font partie du paysage, mais leur existence peut parfois poser problème si ces groupements prennent des positions politiques affirmées et prennent appui sur un courant politique.

Par contre au Sénégal les magistrats ne peuvent se constituer en syndicat, précisément pour garantir l'indépendance des magistrats par rapport à des groupes sociaux. Ceci prouve que le groupement de magistrats peut à la fois être une garantie d'indépendance et un outil de perte d'indépendance. Le modèle le plus courant est ainsi celui où le magistrat peut s'associer librement. Il semble plutôt rare de le voir membre d'un syndicat général, même lorsque cela ne peut légalement être interdit. L'interdiction de créer un syndicat de magistrat est plutôt rare.

D. L'indépendance du magistrat dans la procédure

23. Les règles de procédure ont des objectifs très variables. Ces règles peuvent être destinées, ce qui est assez égocentrique, à décourager le justiciable d'intenter des procédures téméraires. La complexité des règles, les causes de nullité multiples, sont autant de facteurs permettant de réduire le nombre d'affaires par des voies détournées.

D'autres règles sont destinées à permettre un débat équilibré, à assurer les droits au procès équitable et à protéger les droits de la défense. Elles sont orientées vers les parties.

Enfin d'autres règles sont directement en prise avec l'indépendance judiciaire et sont destinées à assurer, par le biais de la transparence, l'indépendance du jugement et le bannissement d'influences indues.

Ces dernières règles sont fortement influencées par l'avènement de l'informatique. La transparence de la procédure et des débats est rendue possible à une échelle inconnue jusqu'il y a peu.

24. La transparence est, nous le verrons, une garantie importante de l'indépendance du juge. Il y a un revers à cette médaille. La transparence permet à ceux qui sont étrangers au procès de s'en informer même s'ils n'ont pas d'intérêt légitime à obtenir cette information: il faut donc quelque peu limiter l'accès.

Les systèmes contemporains électroniques ont parfois tendance à trop se fermer par rapport à l'extérieur, souvent par peur de contamination ou encore par un souci très vif de la protection de la vie privée. Les systèmes de sécurité contemporains permettent sans trop de complications de cloisonner les informations, même si elles sont accessibles par internet. Il vaut donc mieux ouvrir à tout, en principe, et fermer progressivement certains accès en prenant comme critère la légitimité objective de la demande de connexion.

Un autre revers de la transparence est que des utilisations commerciales indues peuvent être faites de listes d'affaires inscrites au rôle et ainsi permettre des intrusions dans la vie privée.

Ces inconvénients sont somme toutes mineurs par rapport à l'apport décisif pour l'indépendance que constitue cette transparence. En droit anglo-américain, une telle utilisation commerciale n'apparaît en général en rien déplaisante.

25. Une première forme concrète de transparence est celle qui résulte de la publication de la liste des affaires introduites et de l'évolution du dossier²⁰¹. La publicité du rôle et des désinscriptions ou radiations est la garantie que des affaires ne seront pas étouffées ou encore ne seront pas soumises à des délais déraisonnables. C'est un point souligné par l'Albanie, la Bulgarie, la Moldavie. En Belgique le problème a été soulevé expressément lorsque la loi du 10 juillet 2006 sur le dossier électronique a été adoptée. La Banque Mondiale considère que la publicité des rôles est une des garanties les plus importantes contre la fraude et la corruption.

Le standard de qualité devrait être que soient rendues publiques et accessibles par internet, les informations sur l'évolution de chaque dossier, les fixations, sa constitution à son stade final, en quelque sorte l'inventaire des actions entreprises, comme cela se fait en Bulgarie. L'accès pourrait être filtré pour le contenu ou pour certains dossiers (notamment pénaux, au nom de la présomption d'innocence), mais le principe de la transparence devrait être mis en avant.

Cette mesure peut encore être renforcée par l'attribution non discrétionnaire des dossiers, élément qui évite l'arbitraire. Si une attribution de dossiers se fait de façon automatique et aléatoire (comme en Albanie)²⁰², la possibilité de manipulation diminue fortement. L'inconvénient est une diminution de la possibilité de donner les dossiers au juge spécialisé en certaines matières. Il faut voir quel aspect à un moment de l'histoire doit prendre le plus de poids.

26. La publicité des audiences est une autre mesure qui assure l'indépendance du juge. La publicité des audiences est une exigence qui se retrouve dans tous les Etats, et est accompagnée de restrictions similaires dans tous les Etats. Comme l'exprime l'arti-

cle 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'accès à la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exige ou dans la mesure jugée strictement nécessaire, lorsque dans les circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

Ces paramètres se retrouvent également sous une forme ou une autre dans les Etats qui ne sont pas liés par la Convention européenne des droits de l'homme mais sont liés par d'autres instruments internationaux ou ont directement prévu la chose dans leur constitution.

On trouve des règles analogues notamment au Burkina Faso, au Cameroun, en Egypte, en Guinée, au Liban, au Mali, au Maroc, en Mauritanie, en Moldavie, au Niger, en Tchèque, au Rwanda, au Sénégal, au Tchad au Togo.

27. Le délibéré par contre se fait à huis clos là où il n'y a pas d'opinion dissidente. En Suisse le délibéré des affaires pour lesquelles il y a controverse est également public. Le délibéré public est une option délicate, parce qu'il rend difficile entre juges, une forme de consensus dans les matières médiatisées où le public a des préjugés, mais même dans des affaires relativement technique où la publicité des audiences pourrait freiner la volonté d'un juge de se déjuger de prises de position antérieures dans des écrits ou conférences.

L'impact de cette publicité des audiences sur l'indépendance des juges est malaisé à quantifier. Mais il est certain qu'un principe de non-publicité serait encore plus de nature à mettre en doute l'indépendance de la justice. Sans doute, les procédures gracieuses se déroulent elles en général à huis-clos, y compris le prononcé, mais c'est une exception qui confirme la règle et ces procédures contre lesquelles des voies de recours sont en général autorisées ne donnent pas lieu à difficultés sur le plan de l'indépendance.

28. Finalement la publicité des décisions prononcées est un dernier adjuvant de l'indépendance des juges. Le fait de publier la décision empêche toute manipulation de la décision elle-même, dès qu'elle a été mise à disposition de tiers.

Dans les faits la publicité est très variable. Une forme usuelle est le prononcé (oral) en audience publique. Comme cela se fait en général dans une salle d'audience vide (et en se limitant à prononcer le dispositif de la décision), l'effet dissuasif d'influences indues est peu important, sauf si la minute du jugement est signée par le juge et le greffier.

Toute diffusion externe par contre est de nature à rassurer le public et les parties.

Les formes de diffusion externes diffèrent fortement selon le type de juridiction. Les décisions des Cours suprêmes ou des Cours transnationales sont pratiquement toujours publiées (en général sur internet) (avec pour seule exception les décisions de pure forme ou de routine). Une disposition légale explicite impose d'ailleurs parfois cette publication.

Par contre pour les autres juridictions la chose est plus délicate à mettre en œuvre. Les recueils ou revues en papier ne reprennent qu'une infime partie des décisions prononcées. Le coût de tels recueils est d'ailleurs prohibitif.

La parution des décisions des juridictions ordinaires sur internet devrait dorénavant devenir beaucoup plus aisée: des systèmes contemporains permettent sans grande formation préalable au personnel de greffe de publier lui-même les décisions des juridictions de fait sur internet. La pratique ne suit pas encore.

Où s'arrête l'obligation morale ou légale de publier les décisions ? Il faut garder à l'esprit qu'une publication des décisions judiciaires signifie une publication de données sensibles, et que, partant, il convient de rendre l'identification des parties moins aisée (par exemple en ne publiant que les initiales des noms des parties). Des règles générales devraient être établies pour éviter qu'à force de prudence et de respect de la vie privée, l'effet de la publication ne soit pas perdu. Tout est question de mesure: le public doit pouvoir savoir ce qui a été décidé, les personnes concernées ont le droit à l'oubli, ce qui étant donné le support informatique, devient difficile! La prescription pénale est moins puissante que l'informatique et dans plusieurs siècles nous connaissons encore le contenu des décisions judiciaires.

L'excès d'information est également nuisible. Si le public est inondé d'information, il ne percevra pas la portée de la jurisprudence. Une sélection doit dès lors être opérée par les juges eux-mêmes qui tiennent compte de l'intérêt de la décision.

Le Conseil de l'Europe a fait une recommandation en 1995 qui fait autorité et qui comporte les principes généraux pour les systèmes de documentation juridique automatisés concernant la sélection, le traitement la présentation et l'archivage des décisions de justice²⁰³.

2. La recommandation reprend des critères de sélection positifs et négatifs des décisions à publier.

La banque de données devrait reprendre, en simplifiant quelque peu, les décisions reprises parce que:

- la décision a attiré l'attention des médias
- la décision est importante pour la vie publique
- la décision est importante pour la bonne application des lois et règlements
- la décision intéresse des groupes de pression ou des groupes particuliers identifiés (groupes de quartiers, groupes régionaux particulièrement affectés)
- la décision peut intéresser les revues professionnelles notamment parce qu'elle innove, coordonne une jurisprudence antérieure, a une motivation particulièrement heureuse qui peut servir de modèle
- la décision contient un revirement de jurisprudence ou contient une nuance ou nouvelle application d'une jurisprudence antérieure
- Par contre, les décisions qui offrent les caractéristiques suivantes ne seront pas sélectionnées:
 - les décisions de pure forme ou contenant une décision simplifiée de rejet ou de fondement
 - les décisions prises par défaut au civil
 - les décisions de droit familial rendues en première instance en vertu de principes bien établis et seulement répétés dans la décision
 - les décisions purement interlocutoires ou préparatoires
 - les décisions de type administratif rendues sur formules (comme les condamnations "standard" pour infraction au code de la route)

Ceci n'est mentionné qu'à titre exemplatif. Il va de soi que d'autres solutions seront mieux adaptées selon les besoins d'un Etat ou d'un autre. Il faut sans doute être moins sélectif lors de la création d'un nouveau corps de droit ou dans des cas où une refonte profonde a été faite du système institutionnel ou judiciaire d'un pays.

E. Le magistrat, acteur sous surveillance

1. Une déontologie

29. Nous avons vu que le magistrat jouait un rôle éminent dans l'évolution des normes d'une société fortement marquée par l'activité des magistrats, moins asservis que naguère à la lettre de la loi. La prolifération des normes et des sources des normes a provoqué cette liberté. Cette liberté ne peut être exercée de façon responsable que si le magistrat accepte et suit les exigences de la déontologie de sa profession. En fait, au plus il est indépendant, au plus il sera exigé de lui qu'il se conforme à des règles déontologiques.

Encore faut-il qu'il les connaisse. Dans la mesure où existe dans certains pays une école de la magistrature ou un écolage de magistrats nouvellement nommés, des cours

de déontologie seront dispensés aux nouveaux ou futurs magistrats. Lorsque ce n'est pas le cas, ce sera surtout une tradition orale qui véhiculera le contenu des obligations déontologiques.

Le contenu de cette déontologie n'est pas toujours simple à formuler. Certes, dans beaucoup d'Etats les lois organisant le pouvoir judiciaire font état d'obligations d'honneur, de dignité, de loyauté ou d'impartialité ou encore d'autres vertus abstraites, mais ne contiennent pas de véritable code de déontologie (Belgique, Cameroun). C'est que la société évolue, et ce qui est admis aujourd'hui aurait été impensable il y a trente ans. C'est sans doute principalement dans le cadre des activités privées des magistrats qu'une plus grande souplesse s'observe: il semble que le style de vie du magistrat, ses engagements sociaux, ses convictions philosophiques mêmes ne sont pas soumis au même examen critique qu'alors, du moins sur le continent européen. Cette évolution fait que la connaissance du contenu matériel de la déontologie doit se faire par l'expérience ou par la connaissance des décisions disciplinaires prises par l'autorité compétente (en Belgique notamment)²⁰⁴.

Les Etats connaissant un code d'éthique judiciaire sont nettement minoritaires: le Rwanda est exemplaire à cet égard et possède un code d'éthique tout à fait élaboré. La France impose par l'article 18 de la loi du 5 mars 2007 l'élaboration et la publicité d'un recueil des obligations déontologiques des magistrats. C'est à la fois un souhait maintes fois formulé par les magistrats et une gageure: celui de formuler des règles déontologiques qui puissent rester actuelles et représentent l'échelle des valeurs des citoyens. Beaucoup de professions ont un code de déontologie, mais pour les magistrats dont la tâche est de servir d'interface entre la norme abstraite et l'application, de saisir l'évolution de la société et des mœurs, c'est difficile à exprimer. Les exigences devraient être extrêmement strictes pour être convaincantes mais seraient, en tant que normes idéales, aussitôt transgressées.

Des recommandations officieuses existent sur le plan transnational mais ont quelque peine à s'implanter. Chaque pays « sent » le contenu concret de la discipline différemment.

Le respect de la déontologie s'imposera aussi par la pratique quotidienne. Les règles de récusation et dessaisissement assez pareilles dans tous les Etats et qui imposent au juge de se déporter dans certains cas, traceront le cadre de ces obligations déontologiques et lui donneront également une consistance.

2. Une discipline

30. La discipline est une chose sérieuse et tous les Etats ont prévu des procédures disciplinaires. Il semble que la discipline ne soit utilisée que pour des manquements à

la déontologie ou aux lois, mais n'est pas utilisée pour frapper des magistrats qui deviendraient sous-performants (p.e. à la suite de dépressions nerveuses, maladie, lassitude, alcoolisme).

Toutefois une évolution est perceptible à cet égard. Ainsi le système Hongrois connaît un nombre important de sanctions pour retards dans les prononcés et le système belge permet également d'appréhender des faits qui n'auraient sans doute pas relevé de la discipline il y a quelques années : les retards répétés donneront lieu à une possible sanction financière et aussi à une mesure disciplinaire, même si le magistrat intéressé éprouve des difficultés d'ordre psychique ou physique à exercer sa tâche.

Par ailleurs les comportements de la vie privée peuvent également faire l'objet de procédures disciplinaires dans la mesure où ces comportements peuvent exercer une influence sur la capacité de juger et sur l'apparence de cette capacité. Il est malaisé de cloisonner dans la vie du juge ce qui est privé et ce qui relève de sa profession.

31. Plusieurs types de procédures disciplinaires sont prévus. Sous ce numéro nous ne traitons pas des magistrats du parquet qui en règle sont soumis à la discipline du Ministre de la Justice de leur pays.

Le problème de la saisine de l'organe compétent est intéressant. Un texte récent donne en France un droit de réclamation à toute personne physique ou morale mais fait filtrer ces plaintes par le truchement d'une commission présidée par le « médiateur de la république » et accorde en outre un droit d'initiative au ministre de la justice. Dans la plupart des autres pays, le problème de la plainte n'est pas explicitement réglé (et donc est ouvert à tous) mais le droit de saisine proprement dit qui force l'organe disciplinaire est parfois limité à certains intervenants privilégiés.

Concernant la procédure proprement dite, la typologie suivante peut être mentionnée:

a. Les procédures les plus respectueuses de l'indépendance du pouvoir judiciaire

Dans ces pays, les procédures disciplinaires relèvent uniquement du pouvoir judiciaire. Ce sont les membres du pouvoir judiciaire et eux seuls qui connaissent des procédures. La Belgique connaît ce régime. Un régime de recours jusque devant la Cour de cassation est prévu. Le système exclut toute intervention du Conseil supérieur de la Justice (le Conseil peut toutefois transmettre des plaintes).

Un système ad hoc également totalement autonome est connu en Hongrie, en Pologne et en République Tchèque

b. Systèmes mixtes

Dans ces systèmes, la première décision est prise devant un conseil supérieur de la magistrature ou équivalent. Un recours est prévu devant la Cour suprême qui a le dernier mot en pleine juridiction.

C'est en partie le système de l'Albanie (du moins pour la destitution), de la Roumanie et du Tchad.

Le Liban, connaît deux voies parallèles pour la discipline, une judiciaire devant un conseil disciplinaire, une autre devant le Conseil de la Magistrature.

c. Système penchant vers l'exécutif

La première décision est prise par le Conseil de la magistrature, éventuellement dans une composition particulière²⁰⁵. Le recours est possible devant le Conseil d'Etat. Ce système caractérise le système français qui est ainsi, sur papier, un des moins indépendants des systèmes sous revue, ainsi que le système Bulgare.

d. Systèmes dépendant exclusivement du Conseil de la magistrature

Encore moins d'autonomie est accordée par d'autres systèmes aux organes judiciaires pour exercer la discipline, mais le degré réel d'autonomie dépend de la composition et de l'indépendance des conseils de la magistrature, éléments qui sont fort variables de pays à pays. Dans certains pays, ces conseils ne comportent que des magistrats, ce qui exclut sans doute les influences extérieures

Le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Guinée, Haïti, Mali, Mauritanie, Niger, Sénégal, Togo ont donné la compétence disciplinaire à leur conseil de la magistrature.

Il faudrait évidemment examiner en détails comment ces conseils sont composés et notamment, même si la majorité des membres est composée de magistrats, examiner en quelle mesure ces magistrats sont réellement indépendants. Dans ce dernier cas ces pays pourraient être rangés dans la catégorie A.

3. Une responsabilité

32. Le magistrat peut également être tenu comptable de ses actions dans certaines limites. Nous avons vu qu'il pouvait, dans certains Etats, engager la responsabilité de l'Etat sinon par le noyau dur d'une décision rendue non frauduleusement, à tout le moins par les circonstances procédurales qui l'accompagnent. Ceci n'implique pas nécessairement qu'il puisse être tenu personnellement responsable.

Le fait que le magistrat puisse être tenu comme responsable est de nature à freiner son sens de l'initiative ou à nourrir des craintes pour son avenir. Le fait qu'il bénéficie d'une immunité totale au contraire, pourrait l'inciter à l'imprudence ou à des comportements illicites. Un équilibre doit manifestement être trouvé entre l'immunité et la responsabilité. La Charte européenne sur le statut des juges de juillet 1998 prévoit dans son article 5-2 que la réparation des dommages supportés de façon illégitime à la suite d'une décision ou du comportement d'un juge doit être assurée par l'Etat, même si une possibilité d'action récursoire est exceptionnellement ouverte (p.e. dans le cas d'une méconnaissance grossière et inexcusable par les juges des règles dans le cadre desquelles il exerce son activité et le cas échéant avec l'accord préalable de l'instance disciplinaire).

Ce thème a acquis de l'actualité à cause précisément de l'évolution dans certains pays vers un gouvernement des juges, fruit lui-même d'une large confusion et superposition des normes législatives. La montée en puissance des actions en responsabilité, en indemnisation des préjudices subis du fait de l'activité des juges, correspond au besoin exprimé par les justiciables de ne plus subir passivement les conséquences des actes dommageables du « service public » de la justice²⁰⁶.

Divers types de mise en cause de la personne du magistrat coexistent. Nous ne tenons compte dans ce qui suit que des actes accomplis par les magistrats dans l'exercice de leur fonction. Pour les actes étrangers à cette catégorie et même pour les actes accomplis à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, les magistrats peuvent être tenus responsables pénalement ou civilement, sans préjudice de l'application éventuelle du privilège de juridiction. Nous n'entrons pas dans les détails de ces derniers actes qui impliquent une analyse détaillée cas par cas.

33. Le premier type de mise en cause personnelle (pour actes accomplis dans l'exercice des fonctions) groupe un ensemble de procédures qui est proche de ce que la loi française de 1806 connaissait: la prise à partie²⁰⁷. Elle vise en fait des comportements frauduleux du juge (et sont donc attachés à la personne, même si elle fait partie d'une formation collégiale). Les actes sont de nature à être sanctionnés tant civilement que pénalement, ce qui explique que les mécanismes protecteurs de l'immunité seront mis en place pour éviter des poursuites arbitraires. Diverses précautions sont prises dans les différents Etats concernant ce type d'action (p.e. intervention d'un conseil de la magistrature, privilège de juridiction) mais cela ne sont que des modalités finalement destinées à filtrer les demandes manifestement non fondées et ces précautions sont fréquemment abandonnées en cas de flagrant délit.

En Albanie, des poursuites pénales peuvent être engagées pour des jugements manifestement injustes (article 315 du Code pénal).

En Belgique la prise à partie est possible en cas de dol ou de fraude dans l'ins-

truction ou le jugement, en cas de déni de justice, si la loi déclare les juges responsables à peine de dommages intérêts ou dans des cas qui seraient prévus par une loi spécifique (article 1140 du Code judiciaire). Des restrictions de procédure importantes rendent le recours à cette procédure fort aléatoire et les rares demandes introduites depuis une dizaine d'années ont toutes été déclarées irrecevables.

En Bulgarie les juges bénéficient d'une immunité fonctionnelle, c'est à dire que leur responsabilité civile et pénale ne peut être mise en cause dans l'exercice de leur fonction, sauf si l'acte commis est un crime intentionnel de droit commun. Mais ils sont responsables pour les actes commis hors de leurs fonctions. Dans beaucoup de cas l'accord du Conseil supérieur de la magistrature est requis pour la mise en accusation ou détermination, mais ceci n'empêche évidemment pas la mise en cause.

Le Burkina Faso connaît des règles pareilles à celles de la Belgique: les cas de prise à partie sont les mêmes.

Le Cameroun connaît également la prise à partie.

En France, la loi organique du 5 mars 2007 décide que constitue un des manquements aux devoirs de son état la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, commise dans le cadre d'une instance close par une décision de justice définitive²⁰⁸. Le code pénal connaît quelques cas spécifiques de délits liés à la qualité de magistrat (déni de justice, arrestation illégale, corruption, discrimination, usage irrégulier de qualité) et la qualité de magistrat peut également être une condition aggravante de certains délits.

La Guinée organise une responsabilité pénale du magistrat qui a commis un crime ou délit ou a manqué à ses devoirs (article 20 et 21).

Haïti connaît la prise à partie classique (464 du Code procédure civile).

Le Maroc connaît également le régime de la prise à partie (391 du Code de procédure civile) avec des restrictions de type procédural, tout comme la Mauritanie, le Niger, le Sénégal, le Tchad, le Togo. Ces pays connaissent également en parallèle des dispositions pénales pouvant frapper les magistrats pour certains actes accomplis dans l'exercice de leur fonction. Ainsi le Togo sanctionne pénalement les cas de forfaiture, abus de pouvoir (151 à 152 du Code pénal), la concussion et la corruption.

La République Tchèque connaît des dispositions générales qui s'appliquent à tous les officiers publics y compris les magistrats. Sur le plan pénal, les délits qui peuvent ainsi être appréhendés sont l'abus de compétence, l'obstruction à la tâche d'agent public par négligence, l'acceptation de pots-de-vin, la subornation ou la corruption indirecte.

34. Un second type de mise en cause personnelle serait la mise en cause pour faute, caractérisée ou non, lourde ou non, commise par le juge dans l'exercice de ses fonctions. Il s'agit donc ici d'une action civile qui serait dirigée directement contre le juge qui a commis une faute, quelle qu'elle soit, sur la base de la responsabilité extracontractuelle ou quasi délictuelle. Cette hypothèse ne peut être considérée comme aberrante. Que l'on songe notamment à la non application de la règle du délai raisonnable pour rendre un jugement, au juge d'instruction qui met sans trop réfléchir un prévenu en détention préventive (ou qui se trompe en ne le mettant pas en détention, alors que le prévenu récidivera à coup sûr).

Pouvoir citer directement le juge en responsabilité pour une décision prise peut avoir pour effet de le déstabiliser. Il vaut sans doute mieux pour l'équilibre des institutions que la mise en cause de la responsabilité du juge se fasse par le biais de la procédure disciplinaire. C'est le choix que fait le droit français (article 20 de la loi du 5 mars 2007) qui établit une passerelle entre la mise en cause de l'Etat et les poursuites disciplinaires qui peuvent être engagées par le ministre de la justice et les chefs de cour d'appel intéressés.

Hors les cas de prise à partie ou cas équivalents, qui ont tous une connotation de fraude, les Etats sont peu enclins à admettre cette responsabilité directe personnelle du juge pour des actes certes fautif mais non dolosifs ou caractéristiques d'un manquement grave. Les admettre trop librement serait par le même fait déprécier la valeur des voies de recours, même si un recours intenté avec succès n'indemnise pas toujours adéquatement la partie gagnante. L'irresponsabilité par contre sera souvent relative. Elle concerne surtout l'application du droit substantiel, le cœur même de la décision: en ce qui concerne le processus décisionnel, la procédure elle-même, une violation caractérisée d'une règle de procédure sera plus susceptible d'entraîner la mise en jeu de la responsabilité du magistrat. La distinction est malaisée à établir et la règle est plutôt que la responsabilité individuelle du magistrat ne sera pas recherchée.

C'est ce que soulignent notamment le Maroc et le Sénégal qui indiquent qu'en vertu du principe que les décisions judiciaires ne peuvent être attaquées que par l'exercice de voies de recours ordinaires ou extraordinaires, la responsabilité du juge, quant à ses décisions, ne peut être engagée ni sur le plan civil, ni sur le plan pénal. D'autres Etats le précisent de façon tout à fait explicite notamment le Tchad (article 3 de l'ordonnance n°08/PR/MJ/91).

35. Par contre, dans la mesure où l'Etat peut être tenu pour responsable des actes accomplis par les juges dans l'exercice de leurs fonctions, une responsabilité personnelle du juge peut naître de la possibilité d'une action récursoire. L'action récursoire peut être limitée aux cas graves (fraude ou faute lourde ou équivalents, comme en France au Tchad ou d'une certaine façon en Roumanie) mais ce n'est pas nécessairement le cas.

L'action récursoire de l'Etat contre l'organe qui a engagé sa responsabilité (le juge) existe dans plusieurs Etats, mais sans doute plus par l'effet d'une application intellectuelle des règles de la responsabilité hors contrat que par une volonté affirmée de responsabiliser les magistrats. Tous les Etats qui admettent la possibilité d'une action récursoire en soulignent le caractère exceptionnel ou théorique.

En Belgique, la possibilité existe mais dans la pratique cette voie a été coupée. Le régime de la responsabilité est né d'une jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique qui a, dans des arrêts successifs, fortement limité la possibilité effective de mettre en cause la responsabilité civile personnelle des magistrats.

Moyennant certaines conditions, il semble que la mise en cause personnelle du magistrat après que celle de l'Etat ait été mise en cause soit possible en Bulgarie, au Burkina Faso, en Egypte, en France (781-1 du Code d'organisation judiciaire), en Guinée, au Mali, en Mauritanie, au Sénégal, au Tchad.

De façon particulièrement intéressante la République Tchèque a réglementé de façon expresse ce domaine. L'article 36/3 de la Charte des droits et libertés fondamentaux dispose que chacun a droit à la réparation du préjudice causé par une décision illégale d'un tribunal. L'article 78 de la loi sur les tribunaux et les juges précise que la responsabilité pour les dommages résultant d'une décision illégale, décision sur la détention provisoire, la peine ou la mesure de protection, et d'une procédure officielle incorrecte est réglée par une loi spéciale. La loi n°82/1998 SB organise cette responsabilité et définit dans quelle mesure une action récursoire peut être introduite.

La Roumanie connaît également des cas d'action récursoire mais de façon limitée: dans les cas où la réparation du dommage a été octroyée conformément à l'article 506 ainsi que dans la situation dans laquelle l'Etat roumain a été condamné par une instance internationale, l'action en régression contre celui-là qui par mauvaise foi ou grave négligence a provoqué le dommage, est obligatoire (article 507 du Code de procédure pénales).

Conclusion

Les principes et déclarations solennelles sur l'indépendance du juge ne manquent pas²⁰⁹.

L'indépendance du pouvoir judiciaire est un vieux débat au sujet duquel tout a été dit et qui semblerait épuisé si la vie quotidienne n'y apportait continuellement un nouvel éclairage. La liberté n'est pas un concept abstrait, l'indépendance du juge non plus. La vie du juge et son action se déroulent dans une société déterminée à une époque déterminée et la façon dont son indépendance sera assurée est très variable.

Nous avons vu dans tous les Etats représentés ici ou presque dans tous les Etats que des efforts étaient faits pour assurer à la fois un incitant à l'indépendance ou une récompense de cette indépendance - je pense à la stabilité de la fonction, à une rémunération décente - et un incitant au sens de la responsabilité. L'accent sera mis sur l'un ou sur l'autre sous la pression de l'opinion publique ou du pouvoir politique. Les textes que nous avons dans nos pays ne sont pas une garantie absolue de notre indépendance et de notre capacité de servir notre nation, mais ils sont un premier pas. Le pas suivant qui sera décisif sera la solidarité entre les magistrats de tous les pays et leur courage personnel.

177 Dans les mots de F.Hayek, *Law, legislation and liberty*, Chicago 1973

178 Comme l'indique le rapport Bulgare, il s'agira plus souvent d'un problème de culture politique que de structure.

179 Voir p.e. la formulation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.

180 Cour suprême du Canada, 'Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale', IPE [1997] 3 RCS, 3, par.9.

181 Royer-Collard (1763-1845), cité par B.de Jouvenel, *Du pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*, Genève 1947, p 354.

182 Voir notamment les écrits de Tocqueville, JS Mill et bien sûr plus tard de Dicey et Hayek

183 J. Locke, *Two treatises of government*, II, 2

184 Le droit français a servi de modèle notamment à la Belgique, au Bénin, au Burkina Faso, au Cambodge à la Guinée, à Haïti, à la Hongrie, au Liban, au Mali, au Maroc, au Niger, à la Roumanie et au Sénégal.

185 La Charte canadienne des droits et libertés de 1982 a encore accru l'indépendance du pouvoir judiciaire.

186 Notons que par exemple en Bulgarie, une tentative de réduire les pouvoirs du conseil de la magistrature en 2006 a donné lieu à un recours devant la Cour constitutionnelle.

187 Même si certains Etats reconnaissent l'indépendance du parquet dans leur Constitution : Belgique, Bulgarie sont des exemples.

188 Voir notamment, Cassation 26 septembre 2006, <http://www.cass.be>, pour une carence du pouvoir législatif à l'égard d'obligations acceptées par la Belgique au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. Sur le plan du droit communautaire européen l'affirmation est encore plus claire: les juges des Etats européens doivent se déclarer compétents pour constater et sanctionner les violations suffisamment caractérisées du droit communautaire, même lorsqu'aucun texte explicite de leur Etat ne le prévoit: CJCE 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03, §44.

189 Voir les arrêts de la CJCE, du 13 juin 2006 *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03, §47 et Köbler du 30 septembre 2003, C 224/01, La CJCE avait déjà adopté cette position dans un arrêt du 5 mai 1970; voir pour une opinion critique sur ce point, J.Mertens et I.Verougstraete, « Proceedings against member states for failure to fulfil their obligations, *CMLRevue*, 1970, 385. Un excellent aperçu du droit communautaire est donné par N.Fricero, « l'aspect communautaire », *Petites affiches* 18 juin 2007, www.lextenso.fr .

190 Notons qu'en vertu de la loi française 2007-287 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, votée à la suite d'une pénible affaire judiciaire qui avait défrayé les médias et mettait en cause des magistrats peu expérimentés, les auditeurs de justice effectuent pendant leur scolarité un stage d'une durée minimale de six mois au barreau.

191 Si les membres des conseils sont élus par leurs pairs, il y aura fort à parier que les conseils seront composés, dans leur composante magistrats, majoritairement de magistrats issus des juridictions inférieures ce qui aura pour conséquence que des juges de rang ou fonction modeste auront un avis déterminant sur la composition de la cour suprême de leur pays.

192 Article 99 de la loi constitutionnelle ; R.c.Valente [1985] 2 RCS, 673

193 Le chef de corps décide alors dans quel tribunal il accomplit ses prestations à titre principal. Cette décision peut être adaptée à l'évolution du contentieux.

194 Les magistrats belges estiment en général que cette évaluation qui aboutit toujours à un satisfecit est une perte de temps intégrale.

195 La Belgique interdisait jusqu'il y a peu toute délégation d'un membre du siège vers l'administration et interdit encore en pratique toute suspension de la fonction de magistrat pour motif de convenance personnelle. Des pressions diverses exercées ont conduit à un assouplissement de ces règles et à une indépendance affaiblie.

196 P. Lambert, « La montée en puissance du juge », dans *Le rôle du juge dans la cité*, p.136, Bruylant 2002

197 A.Besson, *Le mythe de la justice*, Plon 1973, p.12

198 Les feuilletons américains à la télévision qui mettent en scène des affaires où siège un jury populaire ont ranimé la ferveur populaire hors Amérique pour un certain type de justice-spectacle.

199 Le cadre légal doit veiller à ce que l'obligation de secret soit justifiée par des fins supérieures conformes à l'intérêt général (pour une critique, pas toujours très subtile, de l'excès de secret, voir E.Pierrat, *Antimanuel de droit*, Bréal 2007, 292 et svtes).

200 Les bases de données actuelles peuvent être nourries par les juridictions de façon fort simple : insérer une décision sur internet ne doit pas prendre plus de trois minutes.

201 En excluant les affaires introduites dans les parquets qui peuvent dans un pays donné se compter par millions.

202 Egalement en Russie pour les juridictions de fond.

203 Recommandation R(95)11, http://www/coe.int/t/cm/hom_FR.asp; un commentaire récent de cette recommandation a été fait par C.de Terwagne, « Banques de données de jurisprudence et protection des données personnelles », in *Phenix et la procédure électronique*, Bruxelles, Larcier, 2006.

204 Les décisions du Conseil national de discipline sont publiées (ou du moins une sélection d'entre elles) sous le site du pouvoir judiciaire (www.jure.juridat.just.fgov.be)

205 Le chef de l'Etat ne présidera pas ce genre de réunions.

206 S.Guinchard, « Le juge censeur du juge », in *Le rôle du juge dans la cité*, Bruylant 2002, p.97

207 Cette procédure n'existe plus pour les juges professionnels en France.

208 L'exigence que le manquement ait été constaté par une décision judiciaire passée en force de chose jugée (devenue définitive) est la suite d'un ajout imposé par le Conseil constitutionnel qui avait estimé que l'article 64 de la Constitution française et le principe de la séparation des pouvoirs proclamé par l'article 16 de la Déclaration de 1789 exigeaient que la violation ait été préalablement constatée par une décision de justice (décision 2007-551 DC du 1er mars 2007).

209 Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature, adoptés par le septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à Milan du 26 août au 6 septembre 1985 et confirmés par l'Assemblée générale dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985

Motion finale



Considérant que l'indépendance de la justice comme de ceux qui la rendent est à la base même du pacte social, est la première condition de l'Etat de droit et doit à ces titres, être proclamée par les lois fondamentales et dûment mise en œuvre par les lois et règlements concernant le pouvoir judiciaire.

Dit que cette indépendance exige que le recrutement des juges, le déroulement de leur carrière et la sanction disciplinaire de leurs manquements éventuels soient soustraits à toute ingérence politique et régis par des règles transparentes et démocratiques.

Souligne que l'indépendance est pour les magistrats un droit et un devoir au bénéfice de la justice et qu'elle exclut toute forme de partialité ; rappelle que cette indépendance impose que les magistrats reçoivent pour leurs activités juridictionnelles une rémunération décente à la hauteur de leurs missions et que cette mission ne pourra être accomplie que si les juridictions reçoivent les crédits indispensables à leur fonctionnement au service de la société.

Rappelle que l'inamovibilité des magistrats du siège suppose que ces derniers ne puissent être affectés, mutés sans leur consentement, sauf à prévoir, dans des textes de portée générale et abstraite, comment une certaine mobilité dans l'intérêt du service peut être justifiée par les exigences impérieuses du service.

Allocutions de clôture



Monsieur Hugo SADA, Délégué à la paix, à la démocratie et aux droits de l'Homme à l'Organisation Internationale de la Francophonie

Monsieur le Président de l'Association des Hautes Juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), Premier président de la Cour de cassation du Sénégal,

Monsieur le Secrétaire général de l'AHJUCAF, Ancien Premier Président de la Cour de cassation française, Membre du Conseil constitutionnel français,

Monsieur le Président honoraire fondateur de l'AHJUCAF, Premier Président de la Cour suprême du Maroc,

Mesdames et Messieurs les Premiers Présidents, Présidents et Membres des Hautes Juridictions de cassation francophones,

Mesdames et Messieurs, honorables invités,

C'est avec un grand plaisir que je m'adresse à vous, ici à Dakar, à l'occasion du deuxième Congrès de l'AHJUCAF que vous avez choisi de consacrer au thème, fondamental, de l'indépendance de la justice.

Permettez-moi d'abord de saluer la dynamique exemplaire qui a présidé au déroulement des échanges d'informations et d'expériences tout au long de vos débats, mais également lors des travaux préparatoires au Congrès, remarquables par leur qualité et qui ont donné lieu à la publication précieuse de données sur l'effectivité de l'indépendance de la justice dans les différents pays membres. Ce travail constitue une ressource tout à fait exceptionnelle, qu'il nous reviendra, ensemble, de valoriser.

Ce deuxième Congrès de l'AHJUCAF se dessine en effet, pour la Francophonie, comme une étape essentielle dans la mise en œuvre des engagements consignés dans la Déclaration de Bamako du 3 novembre 2000 en faveur de l'indépendance des institutions, comme pour l'approfondissement du partenariat qui nous lie.

Très sincèrement, je vous redis tous mes regrets de n'avoir pu participer, personnellement, aux premières séances de votre Rencontre. Et puisque vous avez eu l'amabilité de m'autoriser à dire quelques mots, je voudrais, à ce stade de vos travaux, revenir sur quelques uns des principaux défis posés à notre communauté.

Douze années après la tenue de la troisième Conférence des Ministres francophones de la Justice au Caire, en 1995, ces défis s'inscrivent dans un contexte qui mobilise for-

tement la Francophonie, celui de la préparation de la quatrième Conférence des Ministres francophones de la Justice, qui se déroulera à Paris les 13 et 14 février 2008, à l'invitation conjointe de la France et de l'OIF.

Cette mobilisation de la Francophonie en faveur de la Justice est depuis trois décennies au cœur de nos priorités et de nos engagements. Elle s'est toujours largement appuyée sur le concours précieux des réseaux institutionnels et de compétences, partenaires privilégiés de l'OIF, parmi lesquels l'AHJUCAF mais aussi l'Association africaine des Hautes Juridictions francophones, celle rassemblant les Cours constitutionnelles de même que l'ensemble des associations francophones fédérant les professions juridiques et judiciaires, à l'instar de la Conférence des Barreaux, de l'Association des procureurs et poursuivants ainsi que de l'Association du notariat francophone. Toutes ces structures ont beaucoup contribué à soutenir la connaissance précise des situations comme la maîtrise des problématiques actuelles de la justice dans les pays de l'espace francophone.

Je voudrais, dans le suivi de vos discussions, proposer quelques pistes de concertation, pour les années à venir, dans plusieurs domaines importants pour notre action : celui de la consolidation, dans les pays francophones, de stratégies intégrées en faveur de la lutte contre la corruption ; celui de la relance des actions de formation et de diffusion du droit soutenant la constitution d'un patrimoine juridique commun ; celui du développement des mécanismes et instruments favorisant l'accès des justiciables au droit et à l'information juridique, alors que la compréhension des décisions participe, comme vous l'avez relevé, de l'efficacité de la justice ; celui du soutien à l'harmonisation régionale et sectorielle du droit en portant une attention particulière à l'articulation des compétences entre les juridictions communautaires et les juridictions nationales ; celui encore du renforcement des institutions judiciaires dans les pays en situation de transition démocratique ou de sortie de crise et, dans ce cadre, de l'accompagnement des réformes de la justice ; celui enfin du développement du droit pénal international et de la coopération judiciaire internationale.

Puisque vos débats ont mis en lumière notre responsabilité, partagée, dans la réalisation de l'indépendance réelle de la justice, je voudrais également vous soumettre quelques unes des principales perspectives de renforcement de la coopération déployée par l'Organisation internationale de la Francophonie dans les domaines juridiques et judiciaires.

Le premier axe relève du développement de dispositifs d'excellence de formation des magistrats, d'abord en tenant compte de deux logiques : la spécialisation afin de répondre aux besoins réels des magistrats et la mutualisation des moyens de formation en développant par exemple les synergies entre les ressources francophones, ensuite en capitalisant les expériences les plus positives de formation par les pairs, voire en associant

davantage les écoles nationales de formation des magistrats et les universités francophones, en veillant aussi à la formation des administrateurs de la justice et en incitant les écoles de formation à dispenser, comme vous avez pu le souligner, des enseignements relatifs à la sociologie, à l'éthique ou à la déontologie des magistrats.

La deuxième orientation porte sur la transparence et le développement de la diffusion du droit francophone. L'indépendance de la justice requiert la circulation de l'information juridique et, en particulier, la publication de la jurisprudence en s'appuyant sur les technologies de l'information et de la communication ainsi qu'en s'attachant à consolider des bases de données francophones soutenant le dialogue des cultures juridiques. Si le premier Congrès de l'AHJUCAF consacré au « juge de cassation à l'aube du 21^{ème} siècle » s'était précisément penché sur la question de l'accès du juge de cassation aux technologies de l'information et de la communication, je voudrais évoquer de façon spécifique la base de jurisprudence des Cours suprêmes francophones, JURICAF, créée dans le cadre de l'Association et me féliciter des multiples démarches engagées par le secrétariat de l'AHJUCAF en faveur de l'enrichissement régulier de cet outil documentaire de référence et de son rayonnement.

Ce défi, au même titre que les autres, est aussi celui de l'OIF, dans la mesure où la diffusion du droit francophone et sa valorisation, par la mobilisation parallèle de la doctrine, participe pleinement du dialogue des cultures juridiques et de la promotion de la diversité des systèmes juridiques représentés au sein de l'espace francophone. Le troisième défi renvoie à la situation des Cours des pays en situation de sortie de crise, de transition ou de consolidation et au renforcement de la solidarité entre professionnels de compétences similaires. Le cadre de coopération offert par l'AHJUCAF autorise une prise en compte plus forte de la situation de certaines Hautes Juridictions, voire l'élaboration de programmes spécifiques à leur attention, à l'instar du concours apporté par l'AHJUCAF et l'expertise de quelques uns de ses membres au projet de renforcement de la Cour de cassation d'Haïti ou encore de la participation de la Cour de cassation de la République centrafricaine à vos prochains forums et colloques.

Il s'agit en outre, et c'est là un enjeu majeur, de développer une capacité d'accompagnement des réformes de la justice opérées dans les pays francophones, mais également de veiller à l'élargissement régulier du collège des institutions membres de l'AHJUCAF ainsi qu'à une représentation équilibrée des différentes aires francophones alors que l'OIF compte aujourd'hui 68 Etats ou gouvernements membres, membres associés et membres observateurs.

Je veux en tous cas vous confirmer la disponibilité de l'Organisation internationale de la Francophonie pour accompagner vos projets.

Je voudrais enfin, au nom du Secrétaire général de la Francophonie, Son Excel-

lence Monsieur Abdou DIOUF, saluer l'engagement inlassable et résolu de la présidence de l'AHJUCAF, portée par Monsieur le Premier Président Pape Oumar SAKHO, ainsi que le rôle déterminant que joue le secrétariat général de l'Association. Je voudrais aussi témoigner à Monsieur le Président Guy CANIVET notre reconnaissance pour la qualité du travail accompli et l'importance du chemin parcouru durant son mandat, en faveur de la réalisation du projet francophone comme de la promotion des valeurs qui l'animent. Votre engagement est précieux et exemplaire.

Permettez-moi enfin d'exprimer toute ma gratitude aux Hautes Autorités du Sénégal pour leur mobilisation et pour l'ensemble des facilités déployées en vue du déroulement, dans les meilleures conditions, du deuxième congrès de l'AHJUCAF comme pour l'accueil, fraternel, réservé à notre Organisation.

Je vous remercie de votre attention.

Monsieur Papa Oumar SAKHO

Premier président de la Cour de cassation du Sénégal, Président de l'AHJUCAF

Nous voilà arrivés au terme de nos travaux.

L'impression générale perceptible est, à mon avis, la réussite du congrès de Dakar.

Nous devons nous en réjouir.

Le thème de nos assises, l'indépendance de la justice, a suscité un effort d'imagination juridique et politique attesté, dans ce cadre somptueux de l'hôtel Téranga, par des joutes oratoires fort marquées.

Je remercie les rapporteurs, qui ont donné aux questionnaires, soumis à leur observation lucide et perspicace, des réponses d'une clarté remarquable.

Je remercie aussi toutes les délégations présentes au Sénégal. En entremêlant esprit de dialogue et d'amitié, dans un climat de fraternité et de sympathie, elles ont apporté à nos débats très bien fournis, la lucidité et la sérénité escomptées pour consolider l'engagement de l'AHJUCAF à une solidarité intellectuelle et morale.

Ce crédo, déjà formalisé à Marrakech, remplit en effet une fonction d'unification. Et, il apparaît évident qu'il est la condition déterminante de la légitimité de notre association.

Car, le courant d'échanges permanent qu'il a instauré entre les membres de notre groupement est une source d'enrichissement mutuel considérable.

Nous avons tous constaté, lors de nos discussions, la cohérence idéologique de nos aspirations et leur convergence vers l'indépendance de la justice, aussi bien en ce qui concerne la protection des libertés publiques contre toute forme d'arbitraire, qu'en ce qui concerne la constance des moyens dont l'institution judiciaire doit disposer pour mieux remplir ses missions.

Sous l'angle institutionnel, la question des moyens humain, matériel et financier dans l'organisation et le fonctionnement de la justice renseigne les modalités structurelles de prise en charge, par les autres pouvoirs politiques, de l'exigence d'effectivité corrélée à l'indépendance de la justice mais également à la capacité des citoyens à assumer les dépenses qu'impliquent l'accès au droit et à la justice.

Sous l'angle culturel, le déclin simultané des certitudes sociales relativement à certaines valeurs, singulièrement les impératifs du juste semble confirmer l'existence d'une crise de la justice.

Même si c'était le cas, et ce n'est pas mon avis, il faudrait néanmoins constater la revanche de notre association sur le phénomène, puisque les orientations indiquées dans

les documents issus du congrès de l'AHJUCAF ont fait réapparaître au grand jour que, face à cette question, la défense de la valeur de justice par la réflexion et la concertation est la seule réponse pertinente.

De toute façon, il est vrai que ce n'est pas un hasard si notre association a retenu comme thème de son congrès actuel, l'indépendance de la justice.

L'ampleur et la richesse de nos réflexions sur l'indépendance proclamée et son objet justifient que nous marquions en lettres d'or ce congrès dans les annales de notre jeune et dynamique association.

Le congrès de Dakar aura été pour nous, l'occasion de nous interroger sur le rôle et la qualité de la justice ; il nous a permis de rechercher les valeurs qui, dans l'agencement institutionnel de nos Etats respectifs, doivent être sauvegardées à tout prix. L'indépendance de la justice y siège à la première place.

Mesdames et Messieurs,

Au-delà du prestige dont notre association jouit à l'occasion des rencontres internationales qu'elle organise dans l'intérêt exclusif de ses membres concernés par les mêmes réalités sociales, nos assises, si brèves soient-elles, ont, en outre, permis à certains d'entre nous de se connaître et à d'autres de se rapprocher davantage, ce qui répond à la vocation fondamentale de l'AHJUCAF, qui est de renforcer les liens d'amitié et de coopération tissés dans le réseau de ses membres déployé dans l'espace géopolitique qu'elle occupe.

Je voudrais avant de clore mon propos redire ma profonde gratitude au Président de la République du Sénégal, Son Excellence Maître Abdoulaye WADE, pour son inestimable soutien.

A ces remerciements, j'associe le Premier Ministre qui a honoré de sa présence la cérémonie d'ouverture en représentant le Président de la République, les Ministres d'Etat, Ministre de la Justice, Garde des Sceaux, Ministre des Affaires étrangères, Ministre de l'Economie et des Finances et l'Organisation internationale de la Francophonie ainsi que tous les organisateurs de cette rencontre.

Je n'aurai garde d'omettre d'adresser aussi un hommage particulier, pour leur brillante communication, à Monsieur Yvan Verougstraete, Président de la Cour de cassation belge, Monsieur Guy Carcassonne, professeur de droit public à l'Université Paris X-Nanterre, Madame Nicole Duplé de l'Université Laval du Québec, Messieurs Alioune Badara Fall de l'Université de Bordeaux et Gabor Nagy de la Cour suprême de Hongrie et Monsieur Saâd Moumami de la Cour suprême du Maroc.

Encore une fois, je dis merci au Premier Président Guy Canivet.

J'exprime enfin toute ma reconnaissance à mes collaborateurs pour leur disponibilité, leur soutien chaleureux et surtout leur engagement total pour la réussite de notre rencontre.

Mesdames et Messieurs,

En vous invitant à profiter du week-end qui se profile à l'horizon de notre rencontre, pour découvrir davantage les charmes du Sénégal. Je vous remercie infiniment.

Annexes

Annexe 1
Liste des participants

Membres de l’AHJUCAF

Cour suprême d’Albanie

Monsieur Artan HOXHA, Président de chambre

Monsieur Dritan CAKA, Juge

Madame Olsa BRATI, Directeur

Cour de cassation de Belgique

Monsieur Yvan VEROUGSTRAETE, Président

Cour suprême du Bénin

Monsieur Saliou ABOUDOU, Premier président

Monsieur Jean-Baptiste MONSI, Procureur Général

Madame Edwige BOUSSARI, Président de chambre

Monsieur Victor ADOSSOU, Secrétaire général de l’AAHJF

Cour suprême de cassation de Bulgarie

Madame Kapka KOSTOVA, Juge

Cour de cassation du Burkina Faso

Monsieur Cheick Dimkinsido OUEDRAOGO, Premier président

Monsieur Urbain Sikonon TRAORE, Procureur Général

Madame Isabelle OUEDRAOGO, Président de chambre

Cour suprême du Cambodge

Madame Savathy KIM, Juge

Cour suprême du Canada

L’honorable Louis LEBEL, Juge

Madame Anne ROLAND, Registrataire

Cour suprême du Congo

Monsieur Jean-Pierre M’BIKA, Président de chambre

Cour suprême du Congo démocratique

Monsieur Bonaventure LUMUANGA wu LUMUANGA, Conseiller

Monsieur Charles Théodore TUKA IKA BAZUNGULA, Conseiller

Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada

Monsieur Ndongo FALL, Président

Cour suprême de Côte d'Ivoire

Monsieur Assuma YAO, Vice-président

Monsieur Joseph-Désiré GAUDJI, Chef de cabinet

Conseil constitutionnel de France

Monsieur Guy CANIVET

Cour de cassation de France

Monsieur Jean-Pierre ANCEL, Président de chambre honoraire

Monsieur Dominique HASCHER, Secrétaire général de l'AHJUCAF

Monsieur Guillaume ADREANI, Greffier, assistant de l'AHJUCAF

Cour de cassation de Gabon

Monsieur Jean-Pierre SOBOUTCHOU, Président de chambre

Cour suprême de Guinée

Monsieur Lamine SIDIME, Président

Monsieur Skoba KEITA, Conseiller

Monsieur Alpha TOURE, Avocat général

Cour suprême de Guinée Equatoriale

Monsieur Sergio ESONO TOMO, Président

Monsieur Acacio MBA MIKUE, Directeur de cabinet

Cour suprême de Guinée-Bissau

Madame Maria SILVA MONTEIRO, Président

Cour de cassation d'Haïti

Monsieur Georges MOISE, Président

Cour suprême de Hongrie

Dr. Gabor SZEPLAKI-NAGY, Conseiller référendaire

Cour suprême du Liban

Madame Arlette JRESSATI, Président de chambre

Cour suprême de Madagascar

Madame Nelly RAKOTOBE, Premier président

Monsieur Modeste RANDIRANANTENAINA, Conseiller

Cour suprême du Mali

Madame DIALLO Kaïta KAYENTAO, Président
Madame DIARRA Afoussatou THIERO, Conseiller
Monsieur Diallo TOUMANI, Conseiller

Cour suprême du Maroc

Monsieur Driss DAHAK, Premier président
Monsieur Saâd MOUMMI, président de chambre

Cour suprême de Mauritanie

Monsieur Mohamed HANNANI, Président

Cour de révision de Monaco

Monsieur Jean APOLIS, Premier président

Cour suprême du Niger

Monsieur Abdou ZAKARI, Président

Cour suprême de Pologne

Monsieur Tadeuz ERECINSKI, Président de chambre
Monsieur Walerian SANETRA, Président de chambre

Cour suprême de République Tchèque

Monsieur Josef RAKOVSKY, Président de chambre
Monsieur Milan ZONDRA, Conseiller du président

Tribunal fédéral suisse

Monsieur Jean FONJALLAZ, Juge fédéral
Monsieur Laurenz MEYER, Juge fédéral

Cour de justice de la CEMAC

Monsieur Jean Mongo MONGO ANTCHOUIN, Premier président
Monsieur Michel MIAMBANZILA, Juge

Cour suprême du Tchad

Monsieur Abderahim BIREME HAMID, Président
Monsieur Belkoulayo BEN COUMAREAUX, Président de chambre
Monsieur Nicolas Pahimi EHKA, Greffier

Cour suprême du Togo

Monsieur Kokouvi AGBETOMEY, Conseiller

Cour populaire suprême du Vietnam

Monsieur Ngoc Hoa BUI, Vice-Président

Monsieur Van Nguyen LE, Juriste

Monsieur Duc Tuyen QUANG, Juge

Observateurs

Association des Ombudsmans et des médiateurs de la Francophonie

Monsieur Yamoussa DIARRA, Assistant

Tribunal supérieur de justice d'Andorre

Monsieur Jean-Louis VUILLEMIN, Président

Cour européenne des droits de l'homme

Monsieur Ireneu Cabral BARRETO, Juge

Ministère de la justice de France

Monsieur Philippe CORMIER, Chargé de mission

Organisation Internationale de la Francophonie

Monsieur Hugo SADA, Délégué à la paix à la démocratie et aux droits de l'Homme

Madame Patricia HERDT, Chargée de projets

Monsieur Fabrice HOURQUEBIE, Expert

Madame Yvonne DURINGER, Chargée de la documentation et de l'appui à l'élaboration des rapports

Madame Marie-Cécile BOGUO, Chargée d'Analyses et de Rapports

Cour de cassation du Qatar

Monsieur Messaoud AL AMRI, Premier avocat général

Union internationale des avocats

Maître Paul NEMO, Président d'honneur

Union internationale des huissiers de justice

Maître Jacques ISNARD, Président

Maître Yacine SENE, Premier vice-président

Annexe 2

Questionnaires sur l'indépendance de la justice

Que l'indépendance de la Justice et de ceux qui la rendent soit une absolue nécessité, voilà qui relève de l'évidence. Mais une fois ceci réaffirmé, encore faut-il préciser les finalités que sert l'indépendance, les conditions auxquelles elle obéit, les menaces qui peuvent peser sur elle et les protections qu'elle implique.

« Avant de nous inquiéter des causes, commençons par nous assurer des faits » disait Auguste Comte. C'est pourquoi les Hautes Juridictions ont toutes été sollicitées de répondre à un questionnaire détaillé. Elles ont bien voulu s'y soumettre, apportant ainsi à tous une documentation essentielle qui ne contribue pas seulement à enrichir le débat mais, tout simplement, à le rendre possible puisque fondé sur des informations essentielles, désormais susceptibles d'être partagées par tous. Car si tous ont la même exigence, si tous sont confrontés à des problèmes comparables, tous ne sont pas également dotés de moyens pour y faire face.

C'est donc bien l'ensemble des éléments qui peuvent avoir un impact, positif ou négatif, sur l'indépendance de la Justice qu'il s'est agi de recenser et de présenter, au moins sommairement, pays par pays. Parce qu'elle est non pas un privilège des juges mais bien un droit fondamental des justiciables, elle exige, comme tous les autres droits fondamentaux et au premier rang de ceux-ci, une interrogation constante, une vigilance sans relâche, et c'est à nourrir la première et armer la seconde que doivent servir ces documents et les débats féconds auxquels ils donneront lieu.

Questionnaire sur l'indépendance de la Justice

- 1) Quelle est l'influence de la tradition (tradition juridique, histoire, coutume) et/ou des pratiques sociales dans la place institutionnelle de la Justice et dans son organisation ?
- 2) La place et l'organisation de la justice s'inspirent-elles d'une expérience ou d'un modèle étrangers ?
- 3) Sur le plan historique, quelles ont été les grandes étapes vers une plus grande indépendance de la Justice ?
- 4) Sur le plan historique, quel a été, s'il y en a eu un, le rôle des juges ou des avocats dans les progrès de l'indépendance de la justice ?
- 5) Existe-t-il une définition de l'indépendance de la justice dans les textes et/ou la jurisprudence ? Si oui, quelle est-elle ?

- 6) Quels sont les textes qui fondent l'indépendance de la justice et quelle est leur valeur (valeur constitutionnelle, législative, usage, jurisprudence,...) ?
- 7) L'Etat ou ses émanations peuvent-ils être justiciables de la justice ? Si oui, dans quels cas et dans quelles conditions légales et procédurales ?
- 8) Comment sont recrutés les juges ? Quels sont les critères de sélection ?
- 9) Quel est, globalement, le contenu de la formation des juges (place respective de la formation juridique, des stages pratiques, de la déontologie) ? Le contenu de la formation est-il susceptible de menacer l'indépendance ?
- 10) Quels sont les éléments et les modalités de rémunération des juges (assimilation aux fonctionnaires, grille des traitements, primes, avantages en nature) ?
- a) Quel est en 2006 la rémunération d'un juge de base en début de carrière ?
 - b) Quel est en 2006 la rémunération du juge le plus haut placé dans la hiérarchie ?
 - c) Quel est en 2006 la rémunération moyenne d'un juge en milieu de carrière ?
 - d) Comment situer la rémunération d'un juge par rapport aux autres agents publics de rang équivalent ?
 - e) Comment situer la rémunération d'un juge par rapport au salaire moyen ?
 - f) Comment la rémunération évolue-t-elle durant la carrière ?
- 11) Quelle est la part du budget de fonctionnement de la Justice dans le budget général de l'Etat ? A-t-elle connu des évolutions marquées, à la hausse ou à la baisse ?
- 12) Y a-t-il progrès de l'indépendance, et le cas échéant comment, par des mesures de transparence et de publicité de la Justice (publicité des débats, publicité de la décision notamment) ?
- 13) Quelle est la teneur, s'il y en a, des règles restrictives tenant à un nombre limité d'années pouvant être passées dans une fonction et/ou dans un lieu géographique ?
- 14) Comment est assurée l'indépendance de la justice à l'égard du ou des environnements suivants, s'il y a lieu :
- a) de la presse écrite et audiovisuelle ?
 - b) du groupe social ?
 - c) de la tribu ?
 - d) de la société civile ?
 - e) des ethnies ?
 - f) de la religion ?
 - g) de la syndicalisation des juges ?

- 15) Quelles sont les réponses légalement possibles en cas de diffamation contre un juge ou contre la Justice ? Plus généralement, quel est le régime de protection contre les atteintes éventuelles de la presse ?
- 16) Quelle est la teneur des règles statutaires qui protègent l'indépendance des juges ? Quelle est leur valeur (constitutionnelle, législative, usage, jurisprudence) ?
- 17) Comment est assurée la fonction du Parquet ?
- a) s'agit-il de magistrats ou de fonctionnaires ?
 - b) s'il s'agit de magistrats, sont-ils hiérarchisés sous l'autorité d'un membre du gouvernement ou indépendants ?
 - c) comment sont-ils nommés ?
 - d) quel est leur effectif par rapport à ceux des juges du Siègre ?
 - e) peut-on passer, dans la carrière, du Siègre au Parquet et vice-versa ?
- 18) Y a-t-il séparation des fonctions des juges (poursuites, instruction, jugement, application des peines, mise en état des dossiers, auto-saisines, exécution des décisions civiles) ?
- 19) Quelles sont les garanties statutaires ou procédurales d'indépendance respectives des juges du Siègre et du Parquet ?
- 20) Quelles sont, une fois recrutés et formés, les modalités de première nomination des juges ?
- 21) Quelles sont les règles régissant la carrière des juges (déroulement, garanties de carrière, promotions, nouvelle affectation) ?
- 22) S'agissant de l'avancement des juges :
- a) Le grade est-il séparé de la fonction ?
 - b) Quelles sont les règles (ou autres règles) qui gouvernent cet avancement ?
 - c) En particulier, y a-t-il des critères de promotion au mérite ou d'autres critères en-dehors de l'ancienneté ?
- 23) Mise en œuvre de la responsabilité des juges :
- a) La responsabilité des juges est-elle susceptible d'être mise en cause directement et, le cas échéant, dans quelles conditions ?
 - b) Y a-t-il, également ou en lieu et place, une mise en cause de la responsabilité de l'Etat pour dysfonctionnement de la Justice ? Dans ce cas, y a-t-il une action récursoire contre le juge et est-elle effective ?
 - c) Y a-t-il une responsabilité du juge du fait de la décision ? Si oui, est-elle civile et/ou pénale ?

- 24) Quel est le régime disciplinaire des juges (procédure disciplinaire, sanctions encourues) ? Comment l'indépendance y est-elle garantie ?
- 25) Quelles sont les règles de déontologie de l'indépendance enseignées dans la formation des juges ?
- 26) Quelles sont les règles relatives au changement de métier des juges et à leur retour dans le corps d'origine ? Plus particulièrement :
- a) Un juge peut-il devenir avocat et revenir ensuite dans la magistrature ? Si oui, comment ?
 - b) Un juge peut-il faire de la politique ou exercer un mandat politique et revenir ensuite dans la magistrature ? Si oui, comment ?
- 27) Y a-t-il une réflexion sur la déontologie qui émane des juges eux-mêmes ? Si oui, comment se traduit-elle ?
- 28) Quels rapports entretiennent l'indépendance des juges et l'impartialité de la justice ?
- 29) L'opinion publique a-t-elle le sentiment, pour autant qu'on puisse en juger (sondages, enquêtes d'opinion), que les juges sont indépendants ?
- 30) La Justice a-t-elle été gravement mise en cause ces dix dernières années ? Si oui, à quelle occasion et quelle a été l'issue de ce ou ces événements ?
- 31) Quel est le rôle ou l'influence de l'internationalisation de la Justice (Cour internationale de Justice, Juridictions pénales internationales par exemple) ou de sa régionalisation (OHADA, Cour européenne des droits de l'homme, par exemple) dans l'indépendance des juges nationaux ?

Les réponses sont accessibles sur le site Internet de l'AHJUCAF
<http://www.ahjucaf.org/>

Annexe 3
Eléments de bibliographie

Documents concernant l'indépendance des magistrats en droit européen et en droit international

Textes des Nations Unies

Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature, Haut commissariat aux droits de l'homme, adoptés lors du 7^e congrès des nations unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants de 1985.

Textes européens

Groupe de travail "Mission, vision, rules and other relevant matters of the Concils" du Réseau européen des Conseils de la Justice (RECJ-ENCJ), Barcelone 2-3 juin 2005.

Recommandation R(94)12 du Comité des ministres aux Etats membres sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges, 13 octobre 1994.

Recommandation Rec(2000)19 du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe, "Rôle du ministère public dans le système de justice pénale", 6 octobre 2000.

Charte européenne sur le statut des juges du Conseil de l'Europe, 1998.

Charte du réseau européen des conseils de la Justice (RECJ)

Avis n°3 du Conseil consultatif de juges européens (CCJE) sur les principes et règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges et en particulier la déontologie, les comportements incompatibles et l'impartialité, 19 novembre 2002.

Recommandation du Parlement européen à l'intention du Conseil sur la qualité de la justice pénale et l'harmonisation de la législation pénale dans les Etats membres (2005/2003(INI)).

Cour Européenne des Droits de l'Homme

CEDH, 8 février 2001, Pitkevich

CEDH, 8 février 2001, Dziautas

CEDH, 6 mai 2003, Perna c. Italie

CEDH, 7 juin 2001, Kress c. France

Documents concernant l'indépendance des magistrats en Afrique et en France

Textes africains

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981.

Comité des droits de l'homme - 86^e session - examen du troisième rapport périodique de la République démocratique du Congo - Position des ONG sur la liste des points à traiter adoptée par le Comité des droits de l'homme lors de sa 85^e session, mars 2006. "Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 40 du Pacte"- troisième rapport périodique - RDC- Comité des droits de l'homme, 30 mars 2005.

Jurisprudence française

Conseil d'Etat, 25 juin 2003, M. D. c/ Conseil Supérieur de la Magistrature.

Conclusions du commissaire du gouvernement M. Guyomar, in: Petites affiches 22 décembre 2003, n°254, p.13.

Doctrines

Doctrines concernant les textes européens

Mazvydas Michalauskas, "Brèves réflexions sur l'applicabilité de l'article 6§1 de la Convention EDH au contentieux relatif au statut des magistrats (en marge des décisions de la CEDH Pitkevich et Dziautas des 8 février 2003), in: RTDH 59/2004, pp.645-652.

Florence Benoit-Rohmer, "Il faut sauver le recours individuel...", in: Dalloz, 2003, p.2584. (Cité note n°23 du document précédent)

"Le réseau européen des CSM est né" - entretien avec Valéry Turcey, in: Gazette du palais, 2-4 juillet 2004, pp. 2-4.

Doctrine concernant les textes français

Paul Martens, "Les principes constitutionnels du procès dans la jurisprudence récente des juridictions constitutionnelles européennes", in: Cahiers du Conseil Constitutionnel n°14, Etudes et doctrine "La justice dans la Constitution"

Jean-Claude Farcy, "Les poursuites disciplinaires contre les juges de paix dans la première moitié du 20ième siècle", in Histoire de la Justice, Année 1990 n°3

Conseil supérieur de la Magistrature, "Les conseils de la Justice en Europe", in : Rapport annuel 2005 pages 87 à 183.

