

M. Fabrice HOURQUEBIE
Professeur de droit public (Université de Bordeaux)
Directeur de l'École doctorale de droit
Secrétaire général de l'Association française de droit constitutionnel (AFDC)

Atelier 1 – La justice dans l'Etat

Clé de voûte de l'Etat de droit, la justice se présente comme le socle fondamental des démocraties (démocraties dites politiques, au sens d'Aristote ou démocraties constitutionnelles dans une acception plus moderne). La primauté du droit, la proclamation et la protection des droits fondamentaux, l'adhésion aux valeurs du pluralisme étant assurés dans leur principe, une des tâches prioritaires qui s'impose alors aux Etats est celle d'instituer des mécanismes juridictionnels, spécifiques et efficaces, de protection de l'Etat de droit et de garantie à la mise en œuvre des principes qui le sous-tendent.

C'est pourquoi, il est nécessaire de penser la justice non plus comme une puissance nulle (« La puissance de juger est nulle » écrivait Montesquieu dans l'Esprit des lois), c'est-à-dire un pouvoir à la périphérie du système politique, mais comme bien comme un arbitre au cœur du système. Le pouvoir tiers doit devenir aujourd'hui un « tiers-pouvoir » (pour emprunter cette expression à Denis Salas).

La doctrine, et parfois les constituants, peuvent ainsi répugner en Francophonie à qualifier la justice de véritable pouvoir constitutionnel (pouvoir judiciaire ou pouvoir juridictionnel). Les décalages entre le statut théorique affiché – tel que figurant dans les constitutions – et la réalité empirique – c'est-à-dire l'office du juge dans les faits -, sont fréquents et témoignent de cette volonté de placer la justice « sous surveillance ». Surveillance de l'exécutif tantôt ; surveillance du législatif aussi.

Or, la recherche du « gouvernement modéré » cher à Montesquieu ne peut se passer d'une réflexion sur le rééquilibrage des pouvoirs dans l'Etat, et particulièrement d'un questionnement sur la place de la justice dans le jeu des pouvoirs. Car un régime politique ne peut être équilibré que s'il repose sur une articulation de pouvoirs et contre-pouvoirs (les fameuses « checks and balances ») dont la justice est, structurellement et fonctionnellement, l'incarnation. Régulateur par essence et modérateur par excellence, le pouvoir juridictionnel n'est certainement plus le troisième pouvoir mais plus sûrement le premier des pouvoirs dans l'Etat. Preuve en est, la permanence de la justice – et de l'idée de justice -, à tous les instants des différentes séquences constitutionnelles qui marquent la vie d'un Etat.

Ainsi, la justice est essentielle en cas de déstabilisation de l'Etat (I) ; au moment de la reconstruction de l'Etat (II) ; ou encore lors de la consolidation de ce dernier (III).

1. La justice et la déstabilisation de l'Etat

Les facteurs de déstabilisation sont nombreux. J'ai choisi ici de l'illustrer par un angle spécifique, qui concerne particulièrement la sous-région et qui mobilise les institutions et mécanismes francophones : la lutte contre la criminalité transnationale organisée et notamment le terrorisme.

Depuis plusieurs années, l'Afrique de l'ouest est la cible d'intenses et violentes activités liées à la criminalité et aux trafics en tous genres, et donc particulièrement, au terrorisme. Cette criminalité dépasse les frontières, tant au stade de la préparation de l'infraction qu'au stade de sa commission. Le caractère transversal et transnational du terrorisme appelle donc une réponse concertée et intégrée afin que les criminels n'aient plus « ce temps d'avance » sur les autorités politiques et judiciaires. Car la lutte contre le crime s'inscrit bien dans une stratégie globale, celle de la lutte contre l'impunité.

Une solide stratégie de lutte contre le terrorisme suppose donc d'œuvrer à une culture du dialogue et de la coopération internationale. Or cette coopération internationale repose sur la bonne compréhension des outils, la bonne connaissance des mécanismes existants et l'acquisition des réflexes sur leur utilisation par les différents acteurs.

Les mécanismes d'entraide judiciaire (procédure de coopération et d'assistance mutuelle en matière pénale) et d'extradition (procédure de caractère international, par laquelle un « État requérant » demande à un « État requis » de lui livrer un l'individu, soit pour le juger, soit pour lui faire subir une peine) sont au cœur de cette stratégie intégrée.

Un certain nombre de défis contribuent à rendre difficile la mise en œuvre de ces instruments, particulièrement dans la sous-région :

- ▶ la coexistence des traditions judiciaires différentes en Afrique de l'ouest et les conséquences sur le plan de l'interprétation judiciaire des conventions ;
- ▶ l'apparition de nouvelles formes de terrorisme ce mal saisies par les conventions qui font que ces conventions sont en déphasage avec la réalité du terrain ;
- ▶ corollaire : mutation des formes classiques de criminalité en CTO : la préparation et la planification du crime a lieu dans certains Etats ; l'exécution et la commission de l'infraction dans plusieurs autres

Tous ces défis se double d'un risque qui n'est pas tant celui du vide juridique ou de l'insuffisance des instruments régionaux et sous régionaux mais plutôt celui de leur connaissance et de la nécessaire articulation des différentes règles de droit applicables.

□ C'est monsieur Jean-Philippe Morange, conseiller à la Direction exécutive du contre-terrorisme du Conseil de sécurité des Nations-unies, représentant M. Laborde, Directeur de l'office, qui abordera cette question en rappelant ce que fait la division en matière de lutte contre le terrorisme ; en expliquant ce que doit recouvrir la coopération judiciaire en matière de lutte contre le terrorisme ; et en ciblant le plan d'action présenté à l'occasion de la réunion entre la DECT et les ambassadeurs francophones, le 15 septembre 2014. Ce plan d'action couvre notamment 1) le développement d'actions d'appuis et de soutien aux cours suprêmes ; 2) une action ciblée concernant la ratification de la Convention d'entraide judiciaire et d'extradition contre le terrorisme adoptée le 16 mai 2008, a Rabat, a l'issue de la 5e conférence des Ministres de la Justice des pays francophones d'Afrique ; 3) le développement du rôle et de la réactivité de la DECT en faveur des pays francophones d'Afrique confrontés au terrorisme ; 4) enfin ce plan prévoit un accroissement des réunions sur le terrorisme avec les représentants des pays francophones en matière de terrorisme.

L'objectif essentiel étant de développer encore davantage la compréhension et la culture communes des pays francophones (notamment la culture juridique), y compris d'Afrique, en matière de lutte contre le terrorisme.

2. La justice et la reconstruction de l'Etat (de droit)

Plusieurs pays de l'espace africain francophone (mais pas seulement) connaissent depuis quelques années une intensification des ruptures d'ordre constitutionnel et des régressions démocratiques, accompagnées parfois de violations des droits de l'homme telles que des exactions massives, des déplacements de populations, des disparitions forcées... Ces périodes de crises, qui ne se traduisent pas toujours par un changement d'ordre constitutionnel, engendrent non seulement la déstabilisation politique mais aussi un éclatement du tissu social

et une remise en cause profonde du lien national. Elles laissent alors un espace vacant pour instituer un certain nombre de processus d'accompagnement de la crise et d'orientation vers la sortie de crise, ces processus étant regroupés sous le label général de justice transitionnelle et sous le label spécifique de processus de transition, justice, vérité et réconciliation en Francophonie.

La définition et le contenu de la justice transitionnelle font débat, tant les réalités couvertes sont diverses et les dispositifs mis en place variés. Toutefois, et pour reprendre la définition du Secrétaire général des Nations Unies, il est possible de s'accorder sur le fait que la justice transitionnelle renvoie à « l'éventail complet des divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation ».

Ces mécanismes de TJVR sont régis par l'exigence de contextualisation, en sachant s'adapter au pays dans lequel ils sont déployés (au regard de son histoire, de sa trajectoire constitutionnelle, du fait générateur du conflit, de la nature du conflit, de la qualité des acteurs en présence...). Ils s'ordonnent toujours généralement autour de quatre grands « piliers » mis en évidence par Louis Joinet (1997), piliers qui s'articulent sur les standards du droit international public et du droit constitutionnel ; qui coïncident avec les obligations générales que ce dernier met à la charge des États lorsque surviennent des violations graves des droits de l'Homme ; et qui correspondent à autant de droits publics subjectifs dont les victimes sont les titulaires :

- ▶ Le droit à la justice. Pour traduire les auteurs des exactions, le choix de la juridiction compétente est stratégique. Il peut s'agir d'une juridiction internationale permanente, telle que la CPI ; un tribunal international ad hoc comme le Tribunal pénal international pour le Rwanda ; une juridiction hybride ou internationalisée, comme le tribunal au Cambodge ; ou encore une juridiction nationale. Plus largement le recours à des processus extra judiciaires peut-être envisagé, le tout, et toujours, dans une logique de complémentarité et d'articulation avec les mécanismes juridictionnels ;
- ▶ Le droit à la vérité. La recherche de la vérité passe souvent par les investigations des Commissions vérité et réconciliation qui recueillent les informations, les témoignages, établissent des rapports et formulent des recommandations ;
- ▶ Le droit à réparation. L'obligation de réparer se traduit par une réparation multiforme (indemnisation matérielle, financière, restitution des biens, mesures de réhabilitation, mesures symboliques de mémoire...) ;
- ▶ Le droit à la réforme ou les garanties de non-répétition. L'Etat doit procéder à des réformes institutionnelles notamment en matière de systèmes de sécurité (RSS) et de justice – afin de permettre la reconstruction progressive d'un Etat de droit.

La mobilisation des mécanismes de TJVR doit donc permettre de lutter contre l'impunité en conciliant le besoin de justice avec la construction d'un processus de la paix ; la recherche de la vérité avec la quête du pardon ; l'établissement des responsabilités avec l'octroi de réparations ; la démarche de réconciliation avec la participation au dialogue national.

□ C'est sur la difficile conciliation de ces paradoxes que reviendra Michel Carrié, spécialiste de programmes à l'OIF, en montrant la place de la justice, ses besoins, ses défis en période de crise, de sortie de crise et de rétablissement de l'État de droit. En période de crise la justice passe malheureusement au second plan parce qu'elle ne peut fonctionner sans un ordre public

minimal et qu'elle est un pouvoir qui n'est pas en mesure d'être un acteur du retour à l'ordre. Tout l'enjeu est, en revanche de remettre la justice en état de fonctionner effectivement le plus rapidement possible en situation de post crise ou/et de sortie de crise. C'est d'ailleurs là que se situe le (faux !?) débat « paix contre justice », « justice contre réconciliation » qui implique la mise en place de processus TJVR sincères et des autorités politiques qui jouent le jeu. Avec enfin, les défis de la reconstruction de la justice dans la confiance et avec l'aval et la participation de la société civile.

3. La justice et la consolidation de l'Etat (de droit)

Placée sous les feux de l'Etat de droit, l'indépendance prend une autre dimension : il ne saurait y avoir d'Etat de droit sans garantie constitutionnelle de l'indépendance du pouvoir judiciaire, telle qu'elle découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

L'indépendance serait donc une conséquence directe d'une interprétation stricte du principe de séparation des pouvoirs et un corollaire nécessaire à la protection judiciaire des droits. Sans indépendance en tous cas, point d'existence du pouvoir judiciaire. Toutes les institutions qui composent le pouvoir judiciaire, aussi bien dans ses branches ordinaires que dans sa branche constitutionnelle, cherchent donc à consolider cette indépendance, personnelle et organique, tant elle est au fondement de l'office du juge.

Il est alors aisé de brandir cette formule slogan selon laquelle dans un Etat de droit, le juge doit être indépendant. Pourtant l'indépendance recouvre une réalité complexe. Et si l'habitude est prise de s'interroger sur les moyens de l'indépendance, il ne faut pas oublier de se questionner, en amont, sur « qui » garantit l'indépendance et, en aval, sur « qui » véhicule les risques d'atteinte à l'indépendance.

C'est dire si l'indépendance de la justice est non seulement en enjeu pour la coopération francophone, mais aussi un défi.

En témoignent à cet égard la succession des Conférences des ministres francophones de la justice (depuis la première réunie à Paris en septembre 1980, jusqu'à la quatrième, à Paris de nouveau en février 2008, et le corpus juridique francophone de référence qui rappelle l'exigence d'indépendance et la nécessité de protéger ce principe (v. pour les textes les plus récents la Déclaration du Caire, 30 oct.-1er nov. 1995 , la Déclaration de Bamako sur la démocratie, les droits et les libertés du 3 novembre 2000 ou encore la Déclaration de Paris du 14 février 2008)

Ces réflexions sont aussi au cœur des préoccupations de l'action francophone, tant à l'initiative de l'Organisation internationale de la Francophonie notamment attachée à formuler un certain nombre de préconisations dans ses Rapports successifs sur l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone ; qu'à l'initiative des Réseaux institutionnels (comme l'Association des hautes juridictions de cassation des pays en ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), l'Association africaine des hautes juridictions francophones (AA-HJF) ou encore l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (ACCPUF)).

Le sacre de l'indépendance va bien souvent de pair avec le sacre de la constitution. C'est un des défis du constitutionnalisme post année quatre-vingt-dix dans l'espace francophone que

de mettre en place les mécanismes de protection du principe d'indépendance des juges et du pouvoir judiciaire ou juridictionnel.

Toutefois un certain nombre de questions peuvent se poser : quels textes (et accessoirement quels juges) consacrent ce principe ? A quel niveau ? La constitution est-elle un rempart protecteur suffisant ? Est-ce que le degré de protection de l'indépendance dépend du positionnement du texte qui la consacre dans la hiérarchie des normes ? Autrement dit, on peut légitimement se demander si le principe d'indépendance et ses garanties corollaires sont véritablement matière à constitutionnalisation. Car plus qu'un principe trop souvent désincarné, l'indépendance est peut-être surtout un devoir, un état d'esprit, une éthique du juge. Et là, point de constitution qui ne puisse la garantir.

Le principe d'indépendance de la justice est aussi le principe de fonctionnement qui connaît certainement le plus d'atteintes en dépit, justement, de la protection constitutionnelle et des protections périphériques dont il bénéficie. Il semblerait même que s'impose une sorte de règle immuable qui tend à ce que les atteintes s'intensifient à mesure que la protection du principe se renforce. Les menaces qui pèsent sur l'indépendance ont pour objectif non seulement de remettre en cause le statut du juge mais aussi de contester son office.

L'indépendance exige ainsi, en tout premier lieu, que le recrutement du juge, le déroulement de sa carrière et les éventuelles sanctions disciplinaires qu'il encourt soient soustraits à toute ingérence politique substantielle. Bien sûr les termes du débat sont différents selon que l'on est confronté à une magistrature de carrière (la plupart des pays francophones), à une magistrature issue des rangs de praticiens expérimentés (Canada) ou à une magistrature élue (Suisse). Mais dans la plupart des cas, une des meilleures garanties résidera dans l'intervention du Conseil supérieur de la magistrature (ou institution équivalente), organe de garantie de l'indépendance (hypothèse basse) ou organe de gouvernement du pouvoir judiciaire (hypothèse haute).

En second lieu, les atteintes peuvent concerner l'inamovibilité. Cette garantie signifie non seulement qu'un magistrat ne peut être muté ou déplacé sans son consentement ; mais aussi que pendant toute la durée de son mandat, ou jusqu'au moment où il atteint l'âge de la retraite, un magistrat ne peut être démis de ses fonctions, sauf en raison de manquements aux devoirs qui se rattachent à cette dernière. L'inamovibilité protège donc le magistrat de tout changement non consenti dans la carrière en dehors des obligations prévues par la loi

En dernier lieu, les atteintes peuvent prendre la forme d'une contestation, souvent vive, des décisions juridictionnelles. C'est l'autonomie du juge dans sa prise de décision qui est menacée ; et plus généralement, son office, c'est-à-dire l'essence même de sa mission, qui est déstabilisé. Ces atteintes sont bien souvent dirigées contre les Cours suprêmes, parties visibles de la pyramide juridictionnelle, et particulièrement contre les Cours constitutionnelles. Elles prennent la forme de critiques publiques à l'encontre de l'institution judiciaire. Cette nette accentuation des critiques publiques à l'endroit des décisions des Cours doit interpeler. Non que le principe même de la critique ne soit pas acceptable car il est une expression du pluralisme en démocratie ; et d'ailleurs de telles critiques n'émeuvent pas les juges des Cours suprêmes quand ils les constatent dans la presse. L'autorité judiciaire gagne à se nourrir des échanges avec les autorités publiques et la société civile. Pour autant, la critique à des fins strictement politiques, de façon non justifiée, à l'égard des décisions des hautes juridictions ne peut s'exercer quand elle excède les limites fixées par le droit et qu'elle confine aux propos diffamatoires. La principale cause de cette dérive réside dans les dysfonctionnements de la

gouvernance démocratique avec des exécutifs qui ne facilitent pas le plein exercice du jeu de l'Etat de droit

C'est mon collègue le professeur Baba Berthe, de l'Université de Bamako, qui déclinera cette problématique sur la construction de l'indépendance de la justice dans le contexte malien. Il reviendra à la fois sur les aspects organiques et fonctionnels. A travers une démarche historique, il démontrera comment la justice a été instrumentalisée sous la 1ère République et comment elle a entamé son émancipation à la fin des années 1980 pour atteindre aujourd'hui un degré d'indépendance diversement apprécié.

Je voudrai conclure, comme j'ai commencé, en citant une phrase de Montesquieu qui me semble parfaitement résumer les enjeux de notre atelier et, plus largement de ce congrès : « Le moyen d'acquérir la justice parfaite, c'est de s'en faire une telle habitude qu'on l'observe dans les plus petites choses, et qu'on y plie jusqu'à sa manière de penser ». Je vous remercie.