

RENDRE LA JUSTICE AU XX^e SIECLE

APPROCHES FRANCOPHONES

CIFDUF

RENDRE LA JUSTICE AU XXI^e SIECLE

APPROCHES FRANCOPHONES

sous la direction de Nguyen Ngoc Dien

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

Copyright et diffusion : 2014

**Presses de l'Université
Toulouse I Capitole
2 rue du doyen Gabriel Marty
31042 Toulouse cedex**

ISBN : 978-2-36170-

TABLE DES MATIERES

PREFACE par Nguyen Ngoc Dien.....	9
CHAPITRE 1 : LA JUSTICE TRANSITIONNELLE par Mamadou Badji.....	19
CHAPITRE 2 : LE JUGE, QUELLE INDEPENDANCE ? par Christian Grellois.....	47
CHAPITRE 3 : L'ARBITRAGE ET LA PRIVATISATION DE LA JUSTICE par Nguyễn Ngọc Điện.....	79
CHAPITRE 4 : LA PROCEDURE DE DESTITUTION PRESIDENTIELLE, LE PACTE DE RESPONSABILITE ET LA HAUTE COUR CONSTITUTIONNELLE. REFLEXIONS SUR LE PARADOXE DEMOCRATIQUE A MADAGASCAR par Rajaona Andrianaivo Ravelona et Laurent Sermet.....	101
CHAPITRE 5 : LA RESPONSABILITE DU JUGE. DEVENIR D'UNE IMPOSSIBILITE par André Cabanis et Michel Louis Martin.....	135

PREFACE

**par Nguyen Ngoc Dien,
professeur, vice-recteur de l'Université
nationale du Vietnam à Ho Chi Minhville**

La liste des thèmes traités ces dernières années par les équipes de la CIFDUF témoigne d'une certaine unité d'inspiration : *Existe-t-il une culture juridique francophone ?*, *L'égalité des sexes dans le monde francophone* et *Ecriture du droit pour s'en tenir aux trois derniers*. Donc : *Rendre la justice au XXI^e siècle. Approches francophones* pour ce qui est de la présente livraison. Si ces titres n'évoquent pas une identité absolue des méthodes et des démarches, ce qui en augmente l'intérêt par l'ampleur du terrain exploré, il n'en reste pas moins qu'ils relèvent tous de la volonté de rechercher la réponse originale que la Francophonie est susceptible de donner à un certain nombre de questions juridiques caractérisées à la fois par l'importance des enjeux qu'elles impliquent et par le caractère d'actualité qui les marque toutes. Il s'est agi, chaque fois, de s'attaquer aux problèmes les plus fondamentaux que se pose la science juridique, en commençant par s'interroger sur la spécificité de l'approche francophone, voire simplement sur son existence, puis en étudiant dans quelle mesure elle peut apporter une solution originale et pertinente au défi que pose l'égalité entre les genres, enfin en décrivant les conditions d'élaboration de la norme. Chaque fois, est très clairement affirmé le souci de privilégier des angles d'étude divers, surtout en se plaçant du point de vue des modes de réflexion en honneur sur des territoires fort divers, dans des sociétés relevant de continents différents et qu'unissent l'utilisation plus ou moins intense d'une langue commune et donc des structures mentales proches. Le thème exploré dans les pages qui suivent, se situe dans la même logique.

Il y a des façons simples et banales de traiter du rôle présent et futur de la justice. Il suffit d'analyser les tendances perceptibles depuis quelques dizaines d'années et de supposer qu'elles vont se prolonger au cours de ce XXI^e siècle qui constitue l'ambition et l'horizon de notre livre. Parmi ces trajectoires présentes à peu près partout, figure notamment le développement de la judiciarisation des conflits au sein de la société avec appel de plus en plus fréquent au juge là où, autrefois, l'on s'en serait remis à des modes de règlement des conflits fondés sur le rôle des réseaux sociaux, sur l'utilisation des solidarités de voisinage, sur la fonction apaisante des affinités familiales, parfois aussi sur l'intervention plus ou moins sollicitée des notables locaux. L'utilisation systématique de ces mécanismes pour éviter de faire appel aux tribunaux d'Etat est en déclin, surtout dans les pays développés. Certains justiciables sont attirés par la perspective d'obtenir d'opulents dommages et intérêts, généreusement distribués par des juges qui considèrent ces indemnités non seulement comme le moyen de compenser les préjudices causés mais également comme une technique pour punir le responsable imprudent, pour l'inciter à prendre désormais toutes les précautions, voire pour mettre en œuvre une forme de justice distributive en favorisant la victime démunie contre l'entreprise prospère, systématiquement soupçonnée de vouloir sacrifier le public à l'accroissement de ses bénéfices. Dans ces conditions, l'aggravation des règles présidant aux condamnations au titre de la responsabilité civile ou pénale serait une autre tendance lourde, sensible depuis plusieurs lustres et destinée à s'accroître. Paraît également s'affirmer le souci de professionnalisation de la justice, résultant d'une mise en cause de plus en plus pressante des juges élus, des jurys tirés au sort, d'une forme de magistrature populaire fondée sur la conviction que chacun est à même de contribuer au règlement des différends les plus compliqués en s'appuyant sur son seul bon sens alors que la préoccupation est plutôt de favoriser une forme de technicisation du droit.

En fait, il n'est aucune assurance que les tendances actuelles s'accroissent et sans doute n'est-ce pas toujours souhaitable. Le passé

n'est ni une promesse, ni une menace pour l'avenir. Au demeurant, celui qui se serait interrogé, au début du XX^e siècle, sur la façon dont allait se rendre la justice au cours des cent années à venir, aurait eu de la peine à prophétiser les transformations que nous constatons aujourd'hui. Au XIX^e siècle, l'on n'imaginait guère que les magistrats puissent se dresser contre le pouvoir politique. Sans même évoquer les nations sous contrainte coloniale, celles où les tribunaux imposés par la métropole se comportaient en fidèles alliés de la domination de cette dernière, réprimant avec vigueur les revendications indépendantistes et privilégiant les colons, il est clair qu'un peu partout les juges se voulaient d'abord au service de l'ordre et hostiles à toutes les comportements menaçants ou simplement déviants. Cette fonction leur était d'autant plus fermement confiée que l'on sortait d'une longue période de tensions politiques et sociales inaugurée par la Révolution française et prolongée jusqu'à la première guerre mondiale. L'idée que les agents publics en charge de trancher les différends puissent être conduits à se vouloir au service d'une idéologie progressiste aurait alors paru absurde. La formule sur « le gouvernement des juges » suscitait plus d'inquiétude et de critique que d'éloge, accusé de relever d'une forme de justice politique s'expliquant, dans les rares pays où le principe pouvait trouver une place, par l'appel à un mode de choix fondé sur l'élection, donc ne garantissant ni la compétence, ni la modération. Le juge avait une propension à respecter les puissants et les notables. Le marginal, le faible savaient qu'ils s'engageaient dans un procès avec un handicap, ne fût-ce que parce qu'il ne connaissait pas les arcanes de la justice et qu'il ne pouvait faire face à tous ses coûts induits. Rien ne paraissait plus étranger à des magistrats issus des classes privilégiés, que l'analyse selon laquelle ils auraient été institués pour compenser les inégalités sociales. *A fortiori*, ils ne prévoyaient nullement, dans les années 1900, de s'ériger en censeur de la classe politique, de convoquer les grands de ce monde, de sanctionner toutes les irrégularités jusqu'à mettre un terme à certaines carrières alors que, de nos jours et un peu partout, y compris dans les pays en développement, l'opinion attend des tribunaux qu'ils combattent avec

une égale vigueur la corruption et l'autoritarisme. Rien ne laissait prévoir tout cela.

Parmi les nouvelles tendances que les auteurs de ce livre se sont attachés à analyser figure notamment l'intrusion du juge dans des domaines de plus en plus nombreux et où, pendant longtemps, il n'avait guère osé s'aventurer. Il en va ainsi de la « justice transitionnelle » traitée par le doyen Badji. L'on sait qu'il est traditionnellement confié aux tribunaux un rôle pacificateur : ils doivent apaiser les conflits, mettre fin aux vendettas et aux affrontements qui opposent, parfois pendant des générations, des familles rivales, trancher des querelles que le temps a compliquées jusqu'à les rendre incompréhensibles. En même temps, il s'agit presque exclusivement de trancher les différends inter-individuels. Ce n'est que récemment qu'on leur a donné pour mission de réconcilier des communautés nationales entières qu'ont opposées en combats sanglants, des guerres civiles d'une incroyable violence. Le procédé consistant à mettre en place non seulement des tribunaux pénaux chargés de sanctionner les faits les plus graves commis au niveau le plus élevé mais également des Commissions « vérité et réconciliation », est nouveau, ce qui n'a pas empêché leur multiplication, surtout en Afrique, en Amérique latine et en Asie au point que ce sont près d'une cinquantaine qui ont été instituées au cours du dernier quart de siècle. Installées souvent à grand renfort de publicité pour en démultiplier les effets, elles doivent mettre en lumière les responsabilités, obtenir des aveux et la reconnaissance des fautes, encourager le pardon des victimes, favoriser leur indemnisation et proposer des mesures structurelles à même d'éviter le retour de tels errements. C'est donc un immense chantier qui leur est confié. Si les membres de ces Commissions ne sont pas exclusivement et de loin, des juges professionnels, du moins les magistrats de métier n'en sont-ils pas absents, ni d'une façon générale, les juristes, renforcés par des personnalités issues de la société civile, des autorités traditionnelles et religieuses. Il s'agit de rien moins que de consolider l'apaisement au sein de toute une communauté nationale. Une telle mission confiée à des instances

s'apparentant à des tribunaux aurait paru inimaginable il y a seulement un demi siècle, tant les procès de Nuremberg, de Moscou et de Tokio semblaient relever d'une forme de justice des vainqueurs un peu atténuée par le respect de quelques règles de procédure qui se voulaient protectrices des accusés.

Egalement au titre des nouveaux territoires confiés au juge, figure son intrusion sur le terrain le plus politique qui soit, celui du maintien en fonction ou à l'inverse de l'éviction des plus hautes autorités de l'Etat. Sous le titre « La procédure de destitution présidentielle, le pacte de responsabilité et la Haute cour constitutionnelle », cette question est analysée par le professeur Laurent Sermet. Ce genre de procédure constitutionnelle, celle qui organise l'éventuelle destitution du président de la République éveille en général pas mal de doute. L'on sait bien que, face à un tel enjeu et sauf à se trouver en présence d'une personnalité ayant commis beaucoup d'erreurs et ne bénéficiant plus d'aucun appui, le déclenchement d'un processus mobilisant successivement les deux chambres avec des votes à la majorité qualifiée, puis des instances d'apparence juridictionnelle composées d'élus politiques et de magistrats de carrière, avec des modalités d'instruction variables mais toujours assez longues, présente un caractère hautement aléatoire. Le chef de l'Etat ainsi mis en cause trouve naturellement des appuis qui lui permettent à tout le moins de bloquer le déroulement de la procédure suffisamment longtemps pour qu'apparaissent de nouveaux rapports de forces. L'expérience montre que, si l'on est parvenu à se débarrasser de certains présidents, c'est au prix de techniques plus expéditives, qu'il s'agisse de « coup d'Etat médicaux » permettant d'écarter des individualités dont chacun s'accordait à reconnaître l'obsolescence, ou qu'il faille déclencher des émeutes populaires avec les risques que comporte l'appel à la rue. Il était donc tout à fait opportun d'étudier le cas de Madagascar, cette « grande île » au destin si heurté depuis son retour à la souveraineté et qui tente de se conformer aux exigences de l'Etat de droit. La procédure actuellement mise en œuvre contre le président méritait une étude spécifique par un auteur qui en est en même temps, *nolens volens*, un observateur actif. L'enjeu est considérable

puisque'il s'agit de rien moins que de confier à une forme de tribunal le soin de régler pacifiquement une crise politique de première grandeur.

Ces nouvelles missions de la justice pourraient donner l'impression que les droits et les exigences traditionnellement considérés comme inséparables de la qualité de juge sont dépassés. Il n'en est rien et c'est même le principe contraire qui s'impose. Il en va ainsi de « l'indépendance des magistrats », étudiée par Christian Grellois. Chacun la réclame comme une garantie fondamentale, afin d'éviter toutes les formes de pression, tout ce qui peut faire figure d'immixtion intolérable dans le rendu des jugements. Si Montesquieu apparaît dans l'histoire comme celui qui a théorisé de la façon la plus péremptoire cette exigence au profit du pouvoir judiciaire, de ce qu'il appelle la « puissance de juger », en la séparant des fonctions législative et exécutive, il n'est pas le premier à s'en préoccuper. Il ne s'agit pas seulement d'éviter les pressions venant des pouvoirs publics. Il est d'autres influences qui peuvent perturber la liberté de décision, au premier rang desquelles l'intervention des puissances d'argent, des intérêts économiques, voire des structures partisans ou syndicales. Il appartient à l'organisation des institutions d'Etat, c'est-à-dire à la Constitution, de mettre en place les mécanismes et les structures qui protégeront cette indépendance, avec, au premier rang, les Cours constitutionnelles dont l'autorité s'affirme de plus en plus nettement. S'y ajoutent des règles statutaires dont aucune n'est plus importante que l'inamovibilité qui protège le magistrat contre le risque de sanctions. Pour autant, elle ne lui épargne pas les tentations liées aux ambitions de carrière qui risquent de menacer son impartialité ce qui implique de confier autant que possible les promotions à des structures aussi indépendantes que possible. Si l'indépendance est donc un principe, elle demeure aussi un objectif, fondé sur le constat qu'elle n'est pas toujours et partout protégée de la même manière. Le nombre et la fermeté des rappels de cette exigence, y compris de la part des instances de l'Organisation internationale de la Francophonie, témoignent qu'il n'y a pas là un acquis à préserver mais bien plutôt un effort à promouvoir. Un certain nombre

d'exemples puisés dans l'histoire récente des pays africains montre l'importance de l'enjeu et le chemin qu'il reste encore à parcourir. Les nations occidentales et, d'une façon générale, les pays développés ne peuvent non plus être considérées comme irréprochables de ce point de vue.

« La responsabilité du juge » fait également figure de préoccupation fondamentale comme entendent le démontrer les professeurs Cabanis et Martin. Ces deux termes « responsabilité » et « juge » ne sont pas aisés à relier. Toutes les catégories professionnelles ont tendance à mettre en avant les difficultés et l'ampleur de leurs missions pour souhaiter bénéficier d'une certaine forme d'impunité mais aucune n'en réclame davantage que les magistrats, s'appuyant sur leur place éminente au sein de la société, excluant en tout cas toute forme de contrôle ou de sanction qui ne serait pas interne, au nom de la séparation des pouvoirs. Cette revendication se heurte à une tendance, très fermement affirmée y compris devant les tribunaux, à imposer des normes de plus en plus exigeantes en matière de sécurité. Sur ce point, les revendications des particuliers qui se réclament du principe de précaution et du risque zéro rejoignent les préoccupations de ceux qui refusent d'accepter des arguments fondés sur la fatalité ou la malchance. Les juges ne peuvent être tout à fait épargnés par ces préoccupations nouvelles. Non seulement il paraît normal que la victime d'une erreur judiciaire bénéficie d'une indemnisation mais en outre de nombreuses voix s'élèvent pour que celui qui a été à l'origine de l'erreur soit sanctionné, y compris le juge lorsque c'est lui qui l'a commise. Dans la mesure où cette préoccupation ne doit pas contredire l'exigence d'indépendance évoquée plus haut, la solution est souvent recherchée dans des pouvoirs plus importants accordés aux instances indépendantes en charge de gérer la magistrature et dans une plus grande place accordée, au sein de ces institutions, et à côté de magistrats élus, à des représentants de la société civile. Dans les nouvelles Constitutions qui ont l'ambition d'exprimer certaines attentes des populations, les droits du justiciable sont fermement affirmés.

Il est enfin une dimension qui ouvre la voie à des nouvelles perspectives, il s'agit de la place reconnue « à l'arbitrage et à la privatisation de la société » dont nous avons souhaité débusquer les causes et évaluer les conséquences. Le réalisme impose de se résigner à constater le bien fondé de certaines critiques adressées à la justice publique, au premier rang desquelles sa lourdeur et sa lenteur qui figurent parmi les reproches les plus fréquents mais auxquels il faut ajouter le fait que, par le biais des appels successifs, la décision finale repose entre les mains d'un petit nombre de magistrats suprêmes qui imposent leurs raisonnements et leurs principes à tous les tribunaux. On comprend dans ces conditions qu'en dehors de questions dont chacun reconnaît qu'elles demeurent le monopole du juge étatique, au premier rang desquelles figurent tout ce qui touche à l'état des personnes (état civil, mariage, filiation, divorce...) et tout ce qui concerne l'ordre public, les conventions d'arbitrage se multiplient, fondées sur la recherche du bénéfice des qualités qui sont attribuées à cette forme de règlement des différends : indépendance, impartialité, célérité, équité... Pour autant, le juge étatique ne perd pas toute compétence. Son intervention demeure nécessaire, y compris dans le cadre de l'arbitrage lorsqu'il s'agit de surmonter la mauvaise volonté d'une des parties qui, malgré les engagements pris, veut bloquer la procédure en ne désignant pas un arbitre, ou encore pour convoquer un témoin ou pour consigner un bien. D'une façon générale, il revient à l'Etat et à ses magistrats de surveiller la constitution du tribunal arbitral, d'accorder ou pas *l'exequatur* aux sentences de ce dernier, éventuellement d'en prononcer l'annulation. Cette évolution se situe dans le cadre d'un mouvement dont les juristes font grand cas, celui qui tient à la multiplication des modes alternatifs de règlement des conflits, que la mode actuelle en faveur des sigles conduit à désigner par ses initiales : les MARC(s). Il faut en mesurer toute la portée qui est considérable et qui touche à l'organisation même des rapports sociaux au cours du nouveau siècle qui vient de s'ouvrir.

Avec un sujet dont nous avons vu qu'il se situe dans la continuité de ceux qu'a déjà traités la CIFDUF, ce livre pourrait faire figure de simple duplication des précédents, au moins du point de vue de la

méthode, avec des textes émanant de juristes francophones, originaires d'Afrique, d'Asie et d'Europe, avec la tenue d'ateliers destinés à confronter les problématiques, les analyses et, finalement, les conclusions. Une innovation a été introduite à l'occasion du dernier livre, consacré à « l'écriture du droit ». L'ouvrage une fois publié a été adressé dans plusieurs Universités francophones d'Afrique et d'Asie pour servir de thème à un colloque. Des centaines d'exemplaires ont été distribués à la communauté scientifique pour être soumis non seulement à l'analyse mais aussi à la critique des universitaires en poste dans l'institution d'accueil. Chaque auteur a présenté ses conclusions et c'est sur cette base que la discussion s'est développée. Le cadre est celui fournie par les filières francophones. Les débats qui ont eu lieu en cette occasion ont nourri une réflexion qui se prolonge. Pour ce qui est de la présente publication sur « Rendre la justice au XXI^e siècle », et sans renoncer à la présenter à la communauté académique dans le cadre de symposiums ou de tables rondes, il a été décidé d'associer divers établissements partenaires dès le travail d'élaboration. C'est dans le cadre de la rédaction des rapports que chaque sujet a fait l'objet de séminaires organisés avec la participation d'étudiants de troisième cycle. On comprend aisément l'objectif de cette démarche tant après la publication des livres que, désormais, dès le stade de l'élaboration. Il ne s'agit pas de publier les opinions personnelles d'un groupe limité d'enseignants-chercheurs inégalement représentatifs de leurs collègues, mais de tenter d'exprimer l'opinion plus ou moins partagée par la communauté des juristes francophones à propos de questions de première importance, dépassant les difficultés de pure technique juridique et s'élargissant jusqu'à constituer des problèmes de société.

Chapitre 1

LA JUSTICE TRANSITIONNELLE

par Mamadou Badji,
professeur, doyen de la Faculté des sciences juridiques
et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar (Sénégal)

La société internationale est marquée par l'importance donnée à un droit portant la marque de sa double matrice : le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme¹. Evolution remarquable, elle reste dominée par une judiciarisation qui « pénètre de plus en plus la vie à l'intérieur des Etats, où les tribunaux sont de plus en plus sollicités, et parfois à tort et à travers –et pas seulement aux Etats-Unis, pionniers en la matière– mais aussi dans les relations internationales, où la prolifération des juridictions internationales commence, depuis quelques années, à inquiéter certains observateurs »². Toutefois, le recours à ces tribunaux afin de faire face à certaines infractions, notamment les crimes internationaux, dans des situations exceptionnelles, n'est pas toujours sollicité. Pour parer à l'inaction qui entraîne une impunité des crimes internationaux, une voie salutaire, à tout le moins, intermédiaire, s'impose : l'appel à une justice de transition³.

¹ L'analyse de cette problématique est désormais classique ; elle a été confirmée et précisée dans la jurisprudence récente de la Cour internationale de justice.

² Voir en ce sens, Paul TAVERNIER, « Sécurité internationale, droit international humanitaire et droits de l'homme. Quelques réflexions sur le rôle des juridictions internationales », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Guilhaudis*, Ed. Bruylant, 2007, p. 541-558.

³ Pour plus de développements sur la justice transitionnelle, voir Pierre HAZAN, *Juger la guerre, juger l'histoire – Du bon usage des commissions*

L'interprétation de l'article 53 du statut de la Cour pénale internationale s'oriente vers la prise en considération de cette justice de transition. En effet, l'article 53 § 2 c énonce que le procureur peut décider de ne pas ouvrir une enquête « s'il y a des raisons sérieuses de penser, compte tenu de la gravité du crime et des intérêts des victimes, qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice ». Cette disposition est interprétée comme une possibilité de recours à la justice transitionnelle dans certaines circonstances particulières de sortie de crise. Ce point de vue est corroboré par les analyses de certains auteurs. Pour Carlos Nino, « l'obligation de poursuivre [les auteurs présumés de crimes internationaux], consacrée par le droit international, ne saurait en aucun cas mettre en péril la stabilité de la démocratie à bâtir ni semer les graines d'une discorde dévastatrice pour le futur. Cela conduit inéluctablement à une logique d'apaisement des victimes »⁴.

Dans de nombreuses régions du monde, les sociétés en situation de sortie de crises ont instauré une justice transitionnelle différente de la justice pénale répressive et rétributive pour aboutir à la paix et à la réconciliation. Ces mécanismes de justice transitionnelle seront analysés dans les développements suivants. Pour ce faire, il n'est pas vain de réfléchir d'abord sur les justifications du recours à la justice

vérité et de la justice internationale ? Paris, PUF, 2007, 251 p. ; Pierre HAZAN, *La paix contre la justice ? Comment reconstruire un Etat avec des criminels de guerre ?*, Paris, André Versailles éditeur, 2010, 389 p. ; Antoine GARAPON, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale*, Paris, Odile Jacob, 2002, 348 p. ; *Mouvements* n°53, mars-mai 2008, Vérité, justice, réconciliation. Les dilemmes de la justice transitionnelle, Paris, La Découverte, 2008.

⁴ Nino S. CARLOS, « Response ; The Duty to Punish past Abuses of Human Rights Put Into Context : The Case of Argentina », in Neil J. KRITZ (dir.), *Transnational Justice : How Emerging Democracies Reckon with Former regims*, 3 vol. Washington D.C. : United Institute of Peace Press, 1995, vol. 1, p. 417, traduction non officielle citée par Mohamed HAMOUDA, « La justice transitionnelle », p. 4, disponible sur le site <http://observatoiretunsien.org/upload/file/Hamouda%281%29.pdf>, consulté le 22 octobre 2015.

La justice transitionnelle

transitionnelle dans certaines situations exceptionnelles de commission de crimes internationaux (I). Une analyse de la mise en œuvre concrète de la justice transitionnelle par les Commissions vérité et réconciliation (ci-après CVR) complétera notre propos (II).

1. Justifications du recours à la justice transitionnelle dans certaines situations exceptionnelles de commission de crimes internationaux

La justice transitionnelle « peut être envisagée comme une justice de passage vers autre chose où l'on retrouve la normalité de la justice traditionnelle dans ses logiques institutionnelles comme dans ses procédures. On pourrait presque dire que c'est une justice exceptionnelle. C'est assurément une justice spéciale, *ad hoc*, dictée par les événements, une justice qui se construit dans la douleur de la paix rompue et qui veut tourner la page ». Née après 1945, suite à l'organisation des procès de Nuremberg et de Tokyo, elle s'est développée au gré des mutations politiques, notamment en Amérique latine dans les années 1980 et connaît aujourd'hui un essor mondial⁵. Avant d'évoquer son intérêt dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux, il convient d'apporter quelques précisions sur le concept de justice transitionnelle⁶.

1.2. Définition de la justice transitionnelle

C'est un concept difficilement saisissable, du moins si on l'aborde au plan juridique. Toutefois, l'on admet que, « si la justice transitionnelle n'est pas que du droit, elle est aussi du droit et aboutit au droit ». C'est ce que donne à voir un ouvrage collectif intitulé *Transitional Justice : How Emerging Democracies Reckon with Former*

⁵ Voir en ce sens, Sandrine LEFRANC, « La justice transitionnelle n'est pas un concept », *Mouvements*, n° 53, mars-mai 2008, p. 61.

⁶ Voir en ce sens, Fabrice HOURQUEBIE, « La notion de justice transitionnelle a-t-elle un sens ? », *Les Petites Affiches*, 6 mai 2009, n° 90, p. 6-8.

*Regimes*⁷, publié en 1995 et dont les intuitions des auteurs sont partagées par l'auteur d'une thèse soutenue récemment en France⁸. Il n'est pas vain de faire remarquer que d'autres concepts sont utilisés pour exprimer cette idée de justice exceptionnelle tendant à trouver un équilibre entre la demande de justice des victimes de crimes internationaux et la nécessité de reconstruire une société sortant d'une crise grave. Cela nécessite le pardon et la réconciliation. Pour ce faire, des expressions telles que *justice réparatrice (restorative justice)*, *justice restauratrice*, sont utilisées pour désigner cette justice de transition.

Fait remarquable, la notion de justice transitionnelle a fait l'objet d'une conceptualisation. Selon le professeur Xavier Philippe, « la justice transitionnelle se définit comme l'ensemble des processus judiciaires et non-judiciaires visant (...) la manifestation de la vérité à l'issue de périodes de crises ou troublées, l'identification des responsabilités ainsi que l'octroi de réparations aux victimes »⁹. Le chercheur Tony Marshall, quant à lui, énonce que « la justice réparatrice est un processus par lequel toutes les parties ayant un

⁷ Neil J. KRITZ (dir.), *Transnational Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former regims*, 3 vol. Washington D.C. : United Institute of Peace Press, 1995.

⁸ Voir en ce sens Noémie TURGIS, *La justice transitionnelle en droit international*, Thèse en droit international public soutenue en 2012 devant l'Université Paris 1.

⁹ Xavier PHILIPPE, « Les solutions alternatives et complémentaires à la justice pénale internationale : la justice transitionnelle exercée à travers les commissions vérité et réconciliation », in *L'actualité de la justice pénale internationale*, Actes du colloque organisé par le Centre de recherche en matière pénale F. Boulan (Aix-en-Provence, 12 mars 2007), Xavier PHILIPPE et Dominique VIRIOT-BARRIAL (dir.), Puam, 2007, p. 132 ; voir également du même auteur, Xavier PHILIPPE, « La justice transitionnelle : une nouvelle forme de justice ? », *L'Observateur des Nations unies*, 2003, n° 14, p. 105-127 ; Xavier PHILIPPE, « Brèves réflexions sur les relations entre justice transitionnelle et Constitution », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, p. 373 et s.

La justice transitionnelle

rapport avec un crime se réunissent en vue de résoudre collectivement les problèmes soulevés par les suites de la violence »¹⁰.

Des acteurs de la société internationale tels que les Nations unies¹¹ et le Centre international de la justice transitionnelle (ci-après ICTJ) œuvrent pour la vulgarisation de la justice transitionnelle. Dans ce cadre, ils ont essayé de définir ce concept. En ce qui concerne les Nations unies, le rapport du secrétaire général présenté devant le Conseil de sécurité définit la justice transitionnelle comme « 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 justice et de permettre la réconciliation »¹². Pour le ICTJ, « la justice transitionnelle fait référence aux différentes démarches que les sociétés entreprennent afin de prendre en charge la question de l'héritage des violations massives ou systématiques des droits de l'homme alors qu'elles passent d'une période de conflit violent ou d'oppression à la paix, la démocratie, l'Etat de droit et le respect des droits individuels et collectifs. Cette transition d'un Etat à un autre oblige les sociétés à affronter le passé afin de parvenir à un sens holistique de la justice pour l'ensemble des citoyens, d'établir ou de rétablir la confiance civique, de réconcilier les individus et les communautés et de prévenir de futures violations. Un ensemble de

¹⁰ Traduction non officielle de Christian NADEAU in « Responsabilité collective, justice réparatrice et droit pénal international », *Revue Française de Science Politique*, vol. 58, n° 6 décembre 2008, p. 915 et s. Le texte original en anglais (*Restorative Justice : An Overview, 1998*) du chercheur Tony Marshall est disponible sur le site internet suivant : <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110218135832/http://rds.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/occ-resjus.pdf>, consulté le 21 octobre 2015.

¹¹ Xavier PHILIPPE, « Les Nations Unies et la justice transitionnelle : bilan et perspectives », *L'Observateur des Nations Unies*, 2006, n° 20-21, p. 69-171.

¹² Rapport du secrétaire général des Nations unies devant le Conseil de sécurité, *Rétablissement de l'Etat de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, 12 août 2004, Doc. ONU, S/2004/416, p. 7, § 8.

mécanismes de justice transitionnelle peut aider les sociétés meurtries à renaître »¹³.

Après cet essai de définition de la justice transitionnelle, il s'agira de s'interroger sur les raisons justifiant son usage dans certains cas particuliers de commission de crimes internationaux¹⁴. Autrement dit, comment expliquer l'absence de répression pénale des auteurs présumés de crimes internationaux dans certains Etats en situation post-confliktuelle ? Deux réponses ont été apportées à cette interrogation. D'une part, la répression pénale n'est pas adaptée dans les situations de sortie de crise où l'Etat veut reconstruire une nouvelle société fondée sur le pardon et la réconciliation. D'autre part, la répression pénale de tous les auteurs présumés de crimes internationaux est matériellement impossible lorsqu'il existe un grand nombre de personnes impliquées. Ces deux situations nécessitent le recours à des mécanismes alternatifs ou complémentaires aux poursuites judiciaires tels que la justice transitionnelle.

1.1.1. - Inadéquation des poursuites pénales dans certaines situations post-confliktuelles : l'exemple de l'Afrique du Sud à la fin de l'apartheid

La répression pénale des auteurs présumés de crimes internationaux est considérée comme l'un des meilleurs moyens de lutter contre l'impunité. Cependant, il est légitime de se demander si cette répression doit se faire à n'importe quel prix. Cette problématique était au cœur des préoccupations des Sud-Africains à l'issue de l'apartheid¹⁵. L'Afrique du Sud post apartheid a trouvé une

¹³ Centre international pour la justice transitionnelle (CIJT), « Rapport 2004/2005, La parole aux victimes », p. 2, disponible sur le site CIJT à l'adresse suivante : <http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Annual-Report-2005-French.pdf>, consulté le 21 octobre 2015.

¹⁴ Sur les justifications des CVR, voir Alexis LAPOINTE, « Deux justifications des commissions de vérité », *Revue Ithaque* (Canada), n° 1-2007, p. 151-187, disponible sur le site <http://www.revueithaque.org/fichiers/Ithaque1/10lapointe.pdf>, consulté le 22 octobre 2015.

¹⁵ Sur la question de la justice transitionnelle dans le contexte sud-africain voir Xavier PHILIPPE, « La justice dans les Constitutions de transition :

La justice transitionnelle

alternative à la mise en œuvre de la justice répressive. Cela lui a permis de bâtir une nouvelle société après une période de violence marquée par la commission de crimes graves.

En Afrique du Sud, le régime de l'apartheid fondé sur la discrimination raciale a été officiellement proposé pour la première fois dans la campagne du Parti travailliste en 1910. En 1911, le mouvement anti-apartheid est créé. En 1984, l'apartheid a été déclaré politique d'Etat en Afrique du Sud. Les principaux protagonistes de cette politique de discrimination raciale étaient le Parti national (ci-après NP) et le Congrès national africain (ci-après ANC). En 1966, l'Assemblée générale des Nations unies, dans sa résolution 2202 A (XXI) du 16 décembre 1966, qualifie ce régime de crime contre l'humanité suivie en cela en 1984 par le Conseil de sécurité dans sa résolution 556 (1984) du 23 octobre 1984.

Dans les années 1990, le régime de l'apartheid n'a pas pris fin à la suite d'une victoire militaire. Il s'est écroulé tout seul par le biais de la pression de l'ANC et de la communauté internationale. Il n'y avait ni vainqueurs, ni vaincus. En outre, aucune des parties ne disposait d'un appareil judiciaire capable de juger les crimes contre l'humanité commis durant l'apartheid.

Dans la préface de l'ouvrage retraçant les travaux de la CVR, le président de ladite Commission, Mgr. Desmond Tutu a expliqué la situation à laquelle l'Afrique du Sud post apartheid était confrontée. Selon lui, « aucune des parties en lutte en Afrique du Sud (ni l'Etat, ni les mouvements de libération) n'ayant vaincu l'autre, personne n'était

régime dérogatoire ou justice d'exception ? L'exemple de la « Commission Vérité et Réconciliation » en Afrique du Sud », *Revue Pouvoirs* n° 95-2000, p. 159. Anne-Marie DILLENS et Emmanuel BABISSAGANA, « La justice inopportune ? Aux détours de l'amnistie », in CARTUYVELS *et alii* (dir.), *Les Droits de l'Homme, bouclier ou épée du droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 551-587. Andrea LOLLINI, « La Commission Vérité et Réconciliation en Afrique du Sud », in Pierre TRUCHE (dir.), *Juger les crimes contre l'humanité 20 ans après le procès Barbie*, Paris, ENS Editions, 2009, p. 221-227 ; G. SIMPSON, « Amnistie et crime en Afrique du Sud après la Commission « Vérité et Réconciliation » », *Cahiers d'Etudes Africaines*, 2004, XLIV (1-2), 173-174, p. 99-126.

par conséquent en position de faire appliquer la prétendue justice du vainqueur ». Il ajoute que « si les membres de la sécurité avaient dû envisager d'être exposés au feu de la justice pénale internationale, le passage pacifique de la répression à la démocratie n'aurait jamais eu lieu. Sans les dispositions d'amnisties prévues dans la loi à l'origine de la CVR, l'Afrique du Sud aurait plongé « dans un bain de sang que tout un chacun prédisait comme sa fin inévitable »¹⁶.

Ainsi, le NP au pouvoir et l'ANC se lancent dans des négociations de sortie de crise. Dans ce contexte, la question des violations graves des droits de l'homme s'est posée. Or, des crimes graves ont été commis à la fois par les membres du NP et de l'ANC. L'ensemble des protagonistes étaient donc impliqués. Dans cette situation, la seule issue possible était de trouver un compromis politique. Ainsi est née l'idée d'une justice de transition permettant à l'Afrique du Sud de construire une nouvelle nation fondée sur l'unité nationale après la période douloureuse de l'apartheid.

Pour la doctrine, dans certaines situations post-confliktuelles exceptionnelles, la justice transitionnelle représente la seule issue possible pour ne pas aboutir à une impunité des crimes graves qui ont été commis. Selon le professeur Xavier Philippe, « la justice transitionnelle (...) s'impose le plus souvent quand rien ne peut être fait. Elle constitue avant tout un refus de ne rien faire et en tout cas un rejet d'une *amnistie générale* ou d'un oubli »¹⁷. Il faut choisir entre trouver une solution alternative ou rester dans l'immobilisme. L'Afrique du Sud qui devait bâtir un nouvel Etat de droit fondé sur le respect des droits fondamentaux ne pouvait pas ne pas agir. Elle a choisi la paix. Dans le cas sud-africain, la raison et le pragmatisme ont prévalu sur les passions. Cela aboutit à la justice transitionnelle à travers les travaux de la Commission vérité et réconciliation. Dans d'autres sociétés en situation post-confliktuelle, d'autres raisons ont

¹⁶ Préface de Desmond TUTU in P. SALAZAR (dir.), *Amnistier l'apartheid. Travaux de la Commission Vérité et Réconciliation, sous la direction de Desmond Tutu*, Paris, Seuil, 2004, § 21, p. 89 et § 27, p. 95.

¹⁷ Xavier PHILIPPE, précité, p. 135.

La justice transitionnelle

permis de recourir à la justice transitionnelle pour faire face à la commission de crimes internationaux.

1.1.2 - Impossibilité matérielle des poursuites pénales à l'encontre de tous les auteurs présumés de crimes internationaux : l'exemple des génocidaires rwandais

Au Rwanda, le recours à la justice transitionnelle en complément de la justice pénale est dû à des raisons matérielles. Beaucoup d'individus étaient impliqués dans les exactions commises durant le génocide de 1994. Par conséquent, l'appareil judiciaire était incapable de juger tous les auteurs de crimes graves. Les juridictions pénales spécialisées mises en place après le génocide fonctionnaient. Toutefois, eu égard au nombre important de génocidaires, il a été constaté qu'il fallait au moins plusieurs décennies avant que tous ces individus puissent être jugés. Face à cette réalité, il fallait trouver une solution alternative. Le gouvernement rwandais a opté pour une justice transitionnelle afin d'alléger la charge de travail des chambres spécialisées et d'accélérer les procédures judiciaires. Pour ce faire, il a réactivé une institution coutumière, les *Gacaca*¹⁸, pour juger certains génocidaires. Le terme *Gacaca* signifie *herbe* en Kinyarwanda en référence à l'espace où les anciens sages d'une communauté se réunissaient, assis sur l'herbe, pour résoudre les conflits¹⁹. Cette institution traditionnelle s'inscrit dans la tradition africaine de la palabre. Dans certaines sociétés africaines, lorsque survient un conflit

¹⁸ Pour plus de détails sur les *Gacaca*, voir Françoise DIGNEFFE et Jacques FICRENS (dir.), *Justice et Gacaca. L'expérience rwandaise et le génocide*, Namur, Presses Universitaires de Namur, 2003, 147 p. ; François SOBO, « Justice transitionnelle. Le point sur les juridictions *Gacaca* au Rwanda », *RSC*, 2009, p. 763-782.

¹⁹ Joëml HUBRECHT, « *Gacaca* : la stratégie de la chloroquine ? », in Pierre TRUCHE (dir.), *Juger les crimes contre l'humanité 20 ans après le procès Barbie*, Paris, ENS Editions, 2009, p. 229-245 ; Hélène DUMAS, « Histoire, justice et réconciliation : les juridictions *Gacaca* au Rwanda », *Mouvements*, n° 53-2008, p. 110-117 ; Valérie ROSOUX, « Réconcilier : ambition et pièce de la justice transitionnelle. Le cas du Rwanda », *Droits et société*, 73/2009, p. 313-633.

Mamadou Badji

entre les membres d'une même communauté, les sages peuvent réunir les protagonistes afin de trouver une solution négociée pour ramener l'harmonie dans le groupe²⁰. Les *Gacaca* utilisés au Rwanda pour désengorger les juridictions pénales de droit commun s'inscrivent dans cette logique.

A l'instar de ce qui s'est passé en Afrique du Sud, le Rwanda a dû trouver un compromis. Selon Joël Hubrecht, « le système *Gacaca* résulte effectivement d'un compromis, mais d'une autre nature, à savoir un compromis avec les capacités limitées du système judiciaire et non avec les exigences d'amnisties des représentants de l'élite déchue ». A la fin du génocide, les juridictions pénales rwandaises n'étaient pas en mesure de juger tous les accusés. Ainsi, afin d'éviter l'impunité, il a fallu trouver une solution alternative à travers les juridictions *Gacaca*.

Des mécanismes de justice transitionnelle tels que les *Gacaca* mis en œuvre par le Rwanda ont souvent été appuyés par le Haut-commissariat des Nations unies aux droits de l'homme dans des Etats en situation de sortie de crise. Les Nations unies ont notamment favorisé la justice transitionnelle en Sierra Léone et au Timor Oriental. Dans son rapport de 2002, le haut-commissaire des Nations unies aux droits de l'homme exhortait les pays en situation de sortie de crise à mettre en place des mécanismes de justice transitionnelle afin d'éviter l'impunité. Selon lui, « les conflits, en particulier les conflits internes, sont à l'origine d'actes de violence à grande échelle lorsque les membres de divers groupes s'attaquent et se maltraitent mutuellement. Toute société ayant traversé de telles épreuves doit faire face à la question de savoir comment porter remède aux violations des Droits de l'Homme commises au cours du conflit. Si l'on méconnaît ces abus, il existe un grave risque qu'ils se renouvellent sous le règne de l'impunité ».

Etablir les responsabilités participe donc non seulement d'une recherche de la justice pour les événements passés mais encore d'une

²⁰ Jean-Godefroy BIDIMA, *La palabre. Une juridiction de la parole*, Paris, Michalon, 1997, 128 p.

La justice transitionnelle

stratégie prospective pour l'avenir. Les modalités de mise en œuvre de la responsabilité posent souvent un problème majeur dans la mesure où le système judiciaire des pays sortant d'un conflit est souvent détruit du fait du conflit, ou encore la partialité même du système judiciaire a précisément été l'une des causes du conflit. Compte tenu de l'ampleur des violations flagrantes des droits de l'homme, il risque d'être impossible dans les faits de traduire en justice tous les coupables présumés. C'est pourquoi, des mécanismes de mise en œuvre de la responsabilité sont mis au point pour veiller à ce que ni la vérité ni la justice ne soient sacrifiées et pour contribuer si possible à promouvoir la réconciliation et la réintégration. Il importe d'aider à cet égard les sociétés qui émergent de conflits violents²¹. Par ailleurs, en 2006, le Haut-commissariat des Nations unies aux droits de l'homme a publié un document intitulé « Les instruments de l'Etat de droit dans les sociétés sortant d'un conflit. Les commissions de vérité »²², dans lequel il prône l'encouragement de la création de mécanismes de justice transitionnelle.

Les justifications du recours à la justice transitionnelle au lieu de la répression pénale sont multiples. Elles dépendent des circonstances spécifiques de chaque cas d'espèce. Toutefois, les mécanismes de justice transitionnelle créés dans différents pays ont tous le même objectif, à savoir lutter contre l'impunité des crimes internationaux. Dans le point suivant, seront analysés les moyens utilisés par les mécanismes de justice transitionnelle pour atteindre leurs objectifs.

²¹ Rapport du haut commissaire des Nations unies aux droits de l'homme à l'Assemblée générale des Nations unies, cinquante-septième session, supplément n° 36 (A/57/36), Nations unies, New-York, 2002, Doc. ONY, A/57/36, p. 8, § 33-34.

²² Haut-commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, *Les instruments de l'Etat de droit dans les sociétés sortant d'un conflit. Les commissions de vérité*, New-York, Genève, 2006, Doc. ONU, 46 p.

1.2. – Moyens mis en œuvre par les mécanismes de justice transitionnelle pour lutter contre l'impunité des crimes internationaux dans certaines situations post-confliktuelles

Le recours à la justice transitionnelle peut se justifier par plusieurs raisons. Néanmoins, le rejet de l'impunité des crimes internationaux dans les situations de sortie de crise retiendra plus particulièrement notre attention. Dans l'optique de la lutte contre l'impunité, les mécanismes de justice transitionnelle ont fait usage d'un certain nombre de moyens. Il s'agit, entre autres, de faire la lumière sur les crimes commis, d'accorder un pardon aux criminels après la reconnaissance publique de leur culpabilité et *in fine* d'octroyer des réparations aux victimes.

1.2.1. La recherche de la vérité afin de restaurer la dignité des victimes de crimes internationaux

Le droit à la vérité des victimes de crimes internationaux est reconnu à l'échelle universelle. Dans le cadre des mécanismes de justice transitionnelle, cette vérité se révèle à travers les témoignages, les audiences publiques, les enquêtes, etc. La recherche de la vérité est plus facile dans les mécanismes de justice transitionnelle car les criminels n'ont pas intérêt à cacher la vérité contrairement à ce qui pourrait advenir dans un procès pénal. Les sociétés en sortie de crise cherchent à construire un avenir commun. Cependant, la lumière doit être faite sur ce qui s'est passé. Ainsi, comme le souligne Mgr. Desmond Tutu, « pour pouvoir tourner la page, encore faut-il qu'elle ait été lue »²³.

Cette procédure consistant à subordonner l'amnistie à un aveu complet de ses fautes de la part des coupables n'a pas tout de suite convaincu tout le monde. Certains y ont vu la mise en cause des principes arrêtés au niveau international, depuis la seconde guerre mondiale, sur l'imprescriptibilité des crimes les plus graves, ceux que rien ne pouvaient effacer, ni le repentir, ni l'indemnisation des

²³ Cité par Louis JOINET, in « Face aux dilemmes de l'instauration des processus de justice transitionnelle », *Mouvements*, n° 53/2008, p. 49.

La justice transitionnelle

préjudices, ni le pardon accordé par les victimes, pas même le temps quelle que soit l'ancienneté des faits. C'est ce qu'exprime, en son temps, le secrétaire général des Nations unies, Kofi Annan : « Il ne devrait pas y avoir d'amnistie pour les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, les génocides et toutes les autres infractions aux droits de l'homme et aux droits humanitaires internationaux »²⁴

1.2.2. L'octroi d'immunités de poursuites aux auteurs de crimes internationaux en échange de la reconnaissance publique de leur culpabilité

La mise en œuvre de la justice transitionnelle implique un dépassement de la part des victimes. Ces dernières doivent pardonner à leurs bourreaux afin de pouvoir revivre ensemble sans ressentir un sentiment d'injustice ou de vengeance. Cela nécessite cependant une contrepartie. Les bourreaux doivent reconnaître publiquement leurs crimes. Ainsi, les victimes seront plus aptes à pardonner dès lorsqu'elles n'auront plus le sentiment d'avoir subi un déni public de leur souffrance. Lorsque les criminels avouent publiquement, il n'existe plus de déni des exactions commises. Ainsi, les victimes sont plus enclines à pardonner.

Les immunités de poursuites accordées dans les mécanismes de justice transitionnelle soulèvent des questions par rapport aux exigences de la justice pénale internationale²⁵. Il a clairement été établi que les crimes internationaux ne peuvent pas faire l'objet de telles immunités. Cependant, les immunités de poursuites accordées par les mécanismes de justice transitionnelle sont tolérées. Afin de justifier cette exception, une partie de la doctrine se réfère à l'adage du droit romain « Summum jus, summa injuria », selon lequel l'application excessive du droit peut entraîner une injustice extrême.

Certains auteurs justifient les immunités de poursuites accordées dans les périodes de transition. Pour ce faire, ils évoquent notamment

²⁴ Kofi ANNAN, « Déclaration devant le Conseil de sécurité », 24 septembre 2003.

²⁵ Pour plus de détails, voir Laura M. OLSON, « Réveiller le dragon qui dort ? Questions de justice transitionnelle : répression pénale ou amnistie ? », *RICR* (sélection française 2006), vol. 88, p. 125-146.

l'article 53 § 1 c du statut de la CPI. Selon le professeur Michaela Fruli, « dans l'hypothèse où l'amnistie serait octroyée après une procédure alternative (quasi judiciaire) visant une enquête très approfondie au cours de laquelle les responsables admettent leurs crimes, et prévoient aussi des moyens de réparation aux victimes, le procureur pourrait décider de ne pas encourager de poursuites²⁶. Le rapporteur spécial des Nations unies Louis Joinet abonde dans le même sens. Selon lui, « les périodes de transition sont souvent caractérisées tout à la fois par une soif de justice et par une soif de paix, qui passent par un processus de réconciliation pour, si possible, amorcer plus tard un processus de réconciliation. Dans ce contexte, *l'amnistie* peut certes faire partie d'un plan de réconciliation ultérieure, mais pas à n'importe quel prix. C'est là que réside la principale difficulté. On ne peut admettre (ne serait-ce que par respect pour les victimes) que, par exemple, des auteurs de crimes contre l'humanité puissent bénéficier d'une amnistie. Une exception a toutefois été admise. Il s'agit de la voie empruntée par l'Afrique du Sud après l'abolition de l'apartheid pourtant qualifié de crime contre l'humanité par le droit international. Cette réconciliation a été rendue possible parce que les auteurs de violations graves ont dû faire repentance, ce qui a permis (s'agissant d'audiences publiques avec retransmission par les médias) de lire la page avant de la tourner²⁷.

Les mécanismes de justice transitionnelle prévoient également des réparations au profit des victimes. En général, la charge de la

²⁶ Michaela FRULI, « Le droit international et les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité pénale internationale pour crimes internationaux », in Antonio CASSESE et Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002, p. 250.

²⁷ Louis JOINET, « Un état des lieux des principes et standards internationaux de la justice transitionnelle », in *La justice transitionnelle dans le monde francophone : état des lieux*, Actes du Séminaire de Yaoundé, Cameroun, du 4 au 6 décembre 2006, p. 11-12 disponible sur le site http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/peased/peac.Par.0107.File.temp/rp_070601_DwP-2-2007-Yaoundé_fr.pdf, consulté le 23 octobre 2015.

La justice transitionnelle

réparation incombe à l'Etat. Il existe en ce sens deux sortes de réparations. D'une part, il peut y avoir des réparations pécuniaires sous formes d'indemnités versées aux victimes. D'autre part, il existe des réparations symboliques telles que l'édification de monuments, l'instauration de journée de commémoration des crimes qui ont eu lieu, la consécration de droits, etc. Ces réparations symboliques ont également leur importance car elles participent au processus de diminution de la souffrance des victimes et de leurs ayants droit. Toutes ces mesures ont pour finalité la reconnaissance du statut des victimes et le retour à une vie normale après une période de crise. Ce sera notamment la tâche des Commissions vérité et réconciliation.

2. Mise en œuvre concrète de la justice transitionnelle par les Commissions vérité et réconciliation

Il faut distinguer d'une part les modalités de création de ces Commissions (A), conséquence de décisions généralement politiques²⁸ résultant soit de personnalités politiques investies dans la transition démocratique, soit d'accords tendant à promouvoir cette dernière, d'autre part les modalités de fonctionnement de ces institutions rendant la justice transitionnelle (B) en s'efforçant de répondre aux attentes des opinions publiques ce qui détermine un certain nombre d'évolutions intervenues ces dernières années.

²⁸ Plusieurs institutions internationales ont proposé de véritables *vade mecum* sur la marche à suivre pour créer de telles commissions : Haut commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, *Les instruments de l'Etat de droit dans les sociétés sortant d'un conflit. Les commissions de vérité*, 2006 ; Amnesty International, *Vérité, justice, réparation. Créer une commission vérité efficace*, 2007 ; Amnesty International, *Burundi. Recommandation au comité technique au sujet de la création d'une commission de vérité et réconciliation*, 2011.

2.1. *Création des Commissions vérité et réconciliation*

L'enjeu est tel qu'il paraît parfois capable, par les polémiques qu'il suscite, de faire renaître les conflits. Il serait évidemment paradoxal qu'un feu que l'on est arrivé à éteindre se ranime du fait des difficultés de mise en place de l'instance chargée de faire disparaître les causes profondes qui étaient à l'origine des premiers foyers de violence. En même temps, l'on comprend bien que ces procédures destinées à repérer les responsabilités des uns et des autres puissent paraître menaçantes à beaucoup, y compris à ceux qui, désormais arrivés au pouvoir, mettent en place les instances de réconciliation. Les conditions de déroulement des guerres civiles, la violence des combats fratricides sont peu favorables au respect fût-ce simplement des lois de la guerre. Dans les deux camps, des excès ont été commis, sur ordre venu d'en haut ou par des initiatives parties de la base. Dans tous les cas, les civils n'ont pas été épargnés. Les attentats lorsqu'il y en a eu, qu'il s'agisse d'actions de provocation ou de riposte, n'étaient pas toujours discriminatoires dans la détermination des personnes visées. La recherche de renseignements, qu'elle ait été conduite par les forces officielles ou par les protestataires, a pris des formes violentes très éloignées des procédures normales, les personnes interrogées ou *-a fortiori-* suspectées n'étant pas toujours traitées conformément aux lois et aux règlements...

Aucun camp n'est à l'abri des critiques et tous souhaiteraient instituer des verrous qui les mettent à l'abri des poursuites, que ce soit en introduisant dans la commission des affidés capables de faire obstacle aux enquêtes les plus menaçantes ou que ce soit en limitant le terrain des investigations, par exemple dans le temps ou dans l'espace, ou encore s'agissant des types de forfaits sur lesquels il sera permis d'enquêter. Pour prendre un exemple, on sait les polémiques qui accompagnent en Côte d'Ivoire le fonctionnement de la commission « dialogue, vérité et réconciliation »²⁹, les partisans de l'ancien président Gbagbo réclamant que soient également pris en compte les actes commis par les forces du nord.

²⁹ Ordonnances n° 2011-85 du 13 mai 2011 et n° 2011-167 du 13 juillet 2011.

La justice transitionnelle

C'est dans ces conditions que les premières commissions, apparues dès les années soixante-dix en Afrique, quelques décennies plus tard en Amérique latine et en Asie, ont porté sur la recherche des victimes et notamment des personnes disparues. On répondait ainsi aux revendications les plus véhémentes et les plus douloureuses³⁰ sans trop paraître menacer les responsables, sinon de façon indirecte. Il y avait là une priorité que chacun comprenait et qu'il était impossible de ne pas la satisfaire, compte tenu des légitimes exigences des familles. En Afrique, c'est dès 1974 en Ouganda qu'est créée la Commission d'enquête sur la disparition des personnes, habituellement présentée comme la première en ce domaine³¹.

Ce modèle africain va faire école tant en Amérique qu'en Asie, avec un décalage respectivement de l'ordre d'une dizaine et d'une vingtaine d'années. En Amérique latine, c'est la fin des dictatures militaires qui permet un mouvement comparable au début des années 1980 avec l'institution d'une Commission nationale d'enquête sur les disparitions en Bolivie en 1982 dans le cadre du retour à la démocratie organisée par le gouvernement de gauche d'Hernan Siles Zuazo et d'une Commission nationale sur la disparition des personnes en Argentine en 1983, l'année où Raoul Alfonsín se fait élire président de la République. En 1990, l'élection du démocrate-chrétien Patricio Aylwin comme président de la République est notamment marquée par la création de la Commission vérité et réconciliation qui informe sur les violations des droits de l'homme mais qui se heurte aux précautions prises par Pinochet pour s'assurer l'impunité... Pour ce qui est de l'Asie, c'est au cours de la dernière décennie du XX^e siècle que ces institutions apparaissent et d'abord en 1990 avec la Commission d'enquête sur les personnes disparues pendant la

³⁰ On se souvient de cette association des mères argentines dont les fils ont disparu et qui manifestent place de Mai à Buenos Aires.

³¹ Elle correspond à la dictature d'Idi Amin Dada dont le régime est accusé de la disparition de près de 300 000 Ougandais et qui perdra le pouvoir en 1979.

période *panchayat* au Népal³², puis en 2000 avec la Commission vérité et réconciliation de Corée du sud aux ambitions importantes puisqu'il s'agit d'enquêter sur les exécutions des communistes au cours des années 1950...

Par la suite et très logiquement, la tâche des Commissions va se focaliser davantage sur la dénonciation des responsables. En 1991 est prévue la Commission d'enquête sur les crimes et détournements commis par l'ex-président Habré et ses co-auteurs et/ou complices au Tchad³³, suivie en 1999 par la Commission chargée d'enquêter sur les violations des droits humains au Nigeria, instituée lorsque les premières élections démocratiques depuis seize ans amènent au pouvoir Olusengun Obasanjo. Chaque fois, le domaine d'investigation de l'organe chargée de conduire les enquêtes est strictement délimité : pour ce qui est du Tchad à la durée d'exercice du pouvoir par Hissène Habré ou encore, pour ce qui est du Nigeria, en remontant jusqu'à la date de prise de pouvoir par les militaires, en 1966. Au fait de retrouver ce qui est arrivé à des personnes arrêtées dans des conditions expéditives et jamais retrouvées ou disparues à la suite d'une convocation ou d'un voyage sans retour, s'ajoute la charge pour les membres de rédiger des rapports faisant le bilan général des années de dictature, en cherchant les causes et en proposant des solutions destinées à en éviter le retour.

Il faut reconnaître que ces recommandations seront très inégalement suivies d'effets. L'efficacité de ces instances et la prise en compte des suggestions qu'elles font, dépendent non seulement de l'autorité de leurs membres et de la pertinence de leurs analyses, mais aussi et peut-être surtout de la détermination de ceux qui les ont mises en place. En effet à peu près à chaque Commission est attaché le nom d'une personnalité politique, généralement arrivée au pouvoir

³² Il s'agit d'enquêter sur les disparitions intervenues sous le régime théoriquement fondé sur les assemblées locales, en fait organisé par le roi à la suite d'un coup d'Etat.

³³ En 15 septembre 2015, le président de cette Commission viendra se présenter devant la chambre africaine extraordinaire d'assises de Dakar, évaluant le nombre des personnes disparues à 80 000 environ.

La justice transitionnelle

dans le cadre d'un processus de transition démocratique qui, d'ailleurs, tiendra rarement tous les espoirs placés en lui. D'abord imposées par des chefs d'Etat qui souhaitent rompre ostensiblement avec les dictatures prétorienne qui les ont précédées, d'autres Commissions vont devenir un élément de la négociation entre des partis longtemps opposés qui ressentent la nécessité de revenir à une forme de normalité démocratique. La Commission qui doit accompagner la transition constitue un élément de l'accord, avec des termes soigneusement pesés lorsqu'il s'agit de déterminer sa composition et son champ d'investigation. Ici, c'est sans doute plutôt en Amérique latine que l'on peut trouver la première institution qui correspond à ce schéma de création. Ainsi en va-t-il, dès 1992, de la Commission de la vérité, mise en place au Salvador, dans le cadre des accords de Chapultepec conclus sous l'égide des Nations unies et dont le point 5 porte sur « Superacion de la impunidad ». L'institution ne bénéficie que d'une notoriété limitée.

En fait, il faut attendre l'année suivante pour que soient jetées, en Afrique cette fois, les bases de la Commission qui va servir, sinon de modèle, du moins de référence, un peu partout dans le monde et dont on a déjà parlé plus haut. En 1993 un accord conclu entre d'une part le Parti national au pouvoir en Afrique du sud et d'autre part le Congrès national africain et le Congrès pan-africain, permet de mettre fin au régime de l'apartheid. Dans la postface du texte constitutionnel intérimaire ainsi élaboré, figurent les dispositions sur lesquelles se fonde, deux ans plus tard, Mandela, nouveau président sud-africain pour publier le *Promotion of National and Reconciliation Act* et pour mettre en place une Commission vérité et réconciliation.

Le respect des engagements pris dans le cadre de ces accords fondateurs d'une Commission vérité et réconciliation n'est pas toujours facile à assurer du fait des craintes des uns et des autres. On retrouve de telles réticences, dans les deux camps, avec les accords de Lomé de 1999 à propos de la Sierra Léone, intervenus entre le gouvernement de ce pays et le Front révolutionnaire uni (RUF), accord qui prévoit d'ailleurs une amnistie que certains regrettent. Ils rencontrent d'autant plus de difficultés dans leur mise en œuvre que

les protagonistes, pourtant signataires du texte, tardent à désarmer, conformément aux engagements pris mais par crainte de se trouver en position d'infériorité par rapport à leurs anciens adversaires. Finalement il faut attendre une loi de 2000 pour que soit prévue en 2002 la mise en place de la Commission vérité et réconciliation prévue par l'article 26 des accords³⁴. La différence entre cette instance de réconciliation et la structure chargée de sanctionner les crimes commis est désormais nette comme en témoigne le fait qu'à côté de la Commission il est institué, cette même année et par un traité conclu entre l'ONU et le gouvernement de la Sierra Leone, un Tribunal spécial, compétent pour conduire la répression.

Les délais entre la signature de l'accord et le déclenchement de la procédure conduisant à la création d'une juridiction transitionnelle sont encore plus longs pour qui est du Burundi. L'article 5-4 des accords d'Arusha, passés le 28 août 2000, prévoient en effet une Commission pour la vérité et la réconciliation dans les six mois qui suivent l'entrée en fonction du nouveau gouvernement³⁵. En fait, il faut attendre 2005 pour que le Conseil de sécurité de l'ONU invite son secrétaire général à engager des négociations entre toutes les parties prenantes pour la création de cette instance qui fait l'objet en 2011, d'un décret présidentiel instituant –nouvelle mesure dilatoire– un comité technique chargé de faire des propositions concrètes sur les caractéristiques de la future commission. Elle aussi doit être doublée par un tribunal spécial. Finalement c'est une loi du 15 mai 2014 qui prononce la création de la Commission et un vote de l'Assemblée nationale du 3 décembre 2014 qui en choisit les membres, selon un

³⁴ L'article 26 des accords de Lomé du 7 juillet 1999 prévoit la mise en place de la Commission dans les 90 jours qui suivent la signature de l'accord. C'est donc seulement en 2000 que le *Truth and Reconciliation Commission Act* décide cette création.

³⁵ Art. 5-4 du protocole V des accords d'Arusha « Garanties pour l'application de l'accord » : « Le gouvernement de transition, en concertation avec le bureau de l'Assemblée nationale de transition, met sur pied la Commission nationale pour la vérité et la réconciliation, [...] au plus tard six mois après son entrée en fonction. La Commission démarre ses travaux dans les quinze jours qui suivent sa création »

La justice transitionnelle

système compliqué de quotas mais sans la participation des députés du principal parti tutsi, l'UPROMA. Ces éléments tendent à amoindrir l'autorité de l'instance ainsi composée en la présentant comme une instance entre les mains des Hutus, malgré la présence de membres de la communauté tutsi.

On peut également citer les accords d'Accra du 18 août 2003, entre le gouvernement libérien et plusieurs partis politiques dont les Libériens unis pour la réconciliation et la démocratie (LURD). Ces accords multiplient le nombre des instances collégiales chargées d'accompagner le processus de pacification qu'il s'agisse de faire rendre leurs armes à toutes les parties avec la Commission nationale pour le désarmement, la démobilisation, la réhabilitation et la réintégration (NCDDRR)³⁶, qu'il soit question de veiller au retour de l'Etat de droit et du respect des libertés fondamentales avec la Commission nationale indépendante sur les droits de l'homme (INCHR)³⁷, ou encore qu'il faille contribuer à la promotion d'un état d'esprit d'unité avec la Commission vérité et réconciliation³⁸. Au Togo, c'est un « accord politique global » qui est signé le 20 août 2006 à Ouagadougou, sous les auspices du président Compaoré, entre les divers acteurs de la vie sociopolitique, qui préconise la mise en place d'une telle commission. Par un décret n° 2009-046/PR du 25 février 2009, le président Faure Gnassingbé crée la Commission vérité, justice et réconciliation puis par un autre décret n° 2009-147 du 27 mai 2009 il en nomme les onze membres.

2.2. Le fonctionnement de la justice transitionnelle : une réponse aux attentes des opinions publiques

Il est porté un soin de plus en plus attentif à la composition de ces institutions de la justice transitionnelle, de façon à éviter toute accusation de manque d'objectivité du fait de la sur-représentation

³⁶ Accord d'Accra, art. VI-8.

³⁷ *Id.*, art. XII-2a.

³⁸ *Id.* art. XIII.

d'une faction au détriment des autres³⁹. L'accusation selon laquelle ce sont les vainqueurs qui composent les tribunaux chargés de juger les vaincus a trop souvent et parfois avec raison été brandie pour qu'en ce début du XXI^e siècle, tout soit mis en œuvre pour éviter de lui conférer quelque bien-fondé que ce soit. Une méthode de réponse est celle des quotas à laquelle il est de plus en plus fréquemment fait appel. S'y ajoute la volonté de s'appuyer sur des autorités tirées de la société civile, au premier rang desquelles les dignitaires religieux.

Dans la ligne de ces deux préoccupations, l'on peut citer, en 2009, la Commission vérité, justice et réconciliation du Togo qui comprend, sur les onze membres, quatre personnes présentées comme appartenant à la « société civile », trois universitaires, deux relevant d'une « confession religieuse », une venant d'une « chefferie traditionnelle » et une « personne ressource ». Pour ce qui est des quotas, le vote de l'Assemblée nationale burundaise intervenue fin 2014⁴⁰ tend à respecter les proportions prescrites par la loi votée quelques six mois plus tôt, avec la présence de six Hutus, quatre Tutsis et un Twa. Cette répartition se conjugue avec une autre, tendant à privilégier une forme de représentation *genrée* avec l'appel à quatre femmes.

Pour ce qui est de la présence de dignitaires ecclésiastiques, l'on peut rappeler le rôle de Mgr Tutu en Afrique du sud. Au Burundi, la présidence de la Commission vérité et réconciliation est confiée à Mgr Jean-Noël Nahimana, prélat catholique d'origine hutu et qui dirigeait la Commission justice et paix du diocèse de Bujumbura tandis que la vice-présidence revient à Mgr Bernard Ntahoturi, archevêque de l'Eglise anglicane du Burundi. A noter d'ailleurs que nombre d'autres membres appartiennent aux milieux ecclésiastiques ou exercent une activité citoyenne ou humanitaire dans les cadres d'associations

³⁹ Pour une critique de la composition de la Commission vérité et réconciliation de la République démocratique du Congo, malgré un effort de représentation géographique, cf. P. NGOMA-BINDA, *Justice transitionnelle en R.D. Congo*, Paris 2008, p. 62.

⁴⁰ En application des art. 10 à 16 de la loi du 15 mai 2014 créant la Commission.

La justice transitionnelle

religieuses. Le président de la Commission vérité, justice et réconciliation du Togo est présidé par Mgr Nicodème Barrigah-Benissan.

La dimension « indemnisation » de ces Commissions devient de plus en plus importante à l'image d'une évolution également perceptible avec les juridictions de droit commun. Le fait de prévoir cet aspect dès la création de l'institution apparaît désormais comme une nécessité⁴¹. Au Maroc, le titre donné à la structure créée en 2003⁴² est révélateur : Instance équité et réconciliation. Il ne s'agit pas, pour le roi Mohamed VI, de punir ceux qui se sont rendus coupables d'actes irréguliers dans la mesure où ces pratiques ont eu lieu à l'époque de ses grand père et père, Mohamed V et Hassan II. On attend de l'Instance qu'elle reçoive les plaintes des victimes ou de leurs ayants droit et qu'elle se prononce sur les indemnisations à consentir. L'action de cette structure est complétée par l'Instance d'arbitrage indépendante, en charge du traitement des dossiers les plus lourds. Le rapport final rendu deux ans plus tard sur l'activité de ces deux institutions indique que la première a, par rapport à 22 500 dossiers déposés, accordé une indemnité à 8 071 personnes tandis que, pour ce qui est de la seconde, le nombre est de 2 215 bénéficiaires⁴³.

Des préoccupations comparables se retrouvent avec la Commission vérité et réconciliation du Burundi. La loi de 2014 qui la crée fixe de façon large la période sur laquelle peuvent porter ses investigations : depuis le 1^{er} juillet 1962 qui marque l'entrée du pays dans l'indépendance jusqu'au 4 décembre 2008, date officielle de la

⁴¹ On le voit par exemple avec la Commission sud-africaine : Mandela et Desmond Tutu insistent surtout sur la mise en lumière des crimes perpétrés et sur le pardon éventuellement accordé. La procédure d'indemnisation qui doit intervenir dans un second temps, va se heurter aux réticences du successeur de Mandela, Thabo Mbeki, qui prend ses distances avec cette instance, ce qui conduit à limiter la politique d'indemnisation.

⁴² C'est une demande du Conseil consultatif des droits de l'homme qui conduit Mohamed VI à annoncer cette création en 2003. Elle est officialisée par un dahir du 12 avril 2004.

⁴³ Loi n° 1-18 du 15 mai 2014.

fin de la guerre civile. Par ailleurs, il est bien précisé que la Commission « n'a pas de pouvoir judiciaire » et qu'elle n'a donc pas le droit de condamner mais qu'en revanche, elle peut « ordonner des réparations immédiates dans les cas où les circonstances et les moyens le permettent ». Il est clair qu'au-delà des précautions prises pour éviter de tomber dans les excès commis par les juridictions de certains pays développés qui prévoient des dommages et intérêts extrêmement importants, et malgré l'idée sous-jacente qu'il est des préjudices qui ne peuvent entraîner des versements pécuniaires, l'idée de compensations et d'indemnités est sérieusement prise en compte par le législateur.

Une ultime fonction est en train de se faire jour. Elle s'éloigne des préoccupations prioritaires des premières Commissions vérité et réconciliation mais elle témoigne de la confiance que l'on a tendance à leur porter. Il s'agit de leur conférer un rôle de propositions sur les réformes à mettre en œuvre pour éviter le retour des affrontements. Parmi les créations les plus récentes, l'on peut notamment citer les instances mises en place en Tunisie et au Burkina Faso. C'est dans ces conditions qu'est instituée en Tunisie, fin 2013, l'Instance vérité et dignité⁴⁴. Elle est présentée comme la 42^e dans le monde. Parmi ses missions, outre des investigations sur les cas de disparition, sur les violations des droits et sur « les responsabilités des appareils d'Etat et de toutes autres parties », figurent la recherche des « solutions permettant d'éviter que ces violations se reproduisent ». Si des éléments importants concernent la détermination des critères de dédommagement des victimes, des modalités de paiement et des mesures provisoires et urgentes d'assistance, l'on remarque qu'à ce stade, il n'est pas question de poursuivre les responsables. Les 15 membres nouvellement nommés ont été présentés au public une semaine avant la première réunion officielle, le 17 juin 2014.

⁴⁴ Elle est créée par le titre 2 de la loi organique n° 2013-53 du 24 décembre 2013 relative à l'instauration de la justice transitionnelle et à son organisation. On remarque que le terme d'*instance* semble peu à peu s'imposer ce qui renvoie au statut des autorités administratives indépendantes.

La justice transitionnelle

Le 4 novembre 2015, elle annonce avoir reçu 783 dossiers y compris ayant trait à la corruption et à la spoliation des deniers publics, ce qui montre sa détermination à ne pas négliger cette dimension réformatrice de son action ce qui n'est pas en rupture avec la volonté de dénoncer les autorités de l'ancien régime puisque l'on sait les accusations de corruption qui circulaient contre la belle famille du président, la famille Trabelsi. Elle a examiné 68 dossiers dont 41 contre le ministère de l'Intérieur et 27 touchant spécifiquement la corruption financière. Une grande partie du communiqué du 4 novembre 2015, signé par la présidente de l'Instance, Sihem Bensedrine, concerne justement la corruption. Un communiqué du 11 novembre 2015 évoque plus de 1 000 auditions au rythme de 24 par jour et souligne notamment des conditions de confidentialité particulière lorsque les personnes interrogées sont des femmes. Un communiqué du 18 novembre 2015 salue la nomination de magistrats spécialisés en application de l'article 8 de la loi sur la justice transitionnelle et en liaison avec l'Instance provisoire de l'ordre judiciaire.

A Ouagadougou, le 4 décembre 2014, il y a signature par le président de la transition Michel Kafando d'un décret créant une « Commission de réconciliation nationale et des réformes » dont l'organisation et le fonctionnement seront précisés par décret. Parmi les sous-commissions prévues figurent, aux côtés de la sous-commission « vérité, justice et réconciliation nationale », quatre autres qui sont compétentes pour les réformes suivantes : constitutionnelles, politiques et institutionnelles, électorales, finances publiques et respect du bien public, gestion des médias et de l'information, restauration et renforcement de la cohésion sociale et de l'unité nationale. Le 11 octobre 2015, l'institution rend son rapport. Elle a dénombré 145 crimes de sang de 1960 à nos jours. Elle était présidée par Mgr Paul Ouedraogo qui indique « les voies du renouveau ». Elles passent notamment par la création d'un pool de juges d'instruction chargés d'instruire le passif des crimes de sang et dotés de moyens d'investigations suffisantes en concertation avec le barreau.

*

* *

La multiplication des conflits récurrents, notamment en Afrique, pose non seulement la question de l'interruption des affrontements mais aussi le problème de la gestion des sorties de crise. La société internationale a trop longtemps borné son intervention à « geler » les combats, à négocier des cessez-le-feu d'abord provisoires, puis que l'on s'efforçait de prolonger, également à interposer des forces neutres dont on espérait qu'elles allaient éviter des frictions génératrices de violences et donc qu'elles seraient à même d'apaiser les tensions persistantes. Toutes ces mesures s'appuyaient sur la conviction que « le temps est galant homme » comme on dit, qu'il gomme les aspérités, qu'il apaise les colères, qu'il fait oublier les vieilles rancunes et favorise dans les nouvelles générations, l'acceptation de voisinages longtemps problématiques, parfois même qu'il génère des sentiments de fraternité nés de la conviction qu'il est nécessaire d'en finir avec un passé inutilement conflictuel. Il faut reconnaître que la réalité ne confirme pas toujours cette vision lénifiante des conflits nationaux ou internationaux. On voit resurgir, parfois des décennies plus tard, des oppositions que l'on croyait d'un autre âge, oubliées depuis longtemps mais que certains croient devoir revivifier au nom d'un prétendu devoir de mémoire. L'Europe n'est pas épargnée par cette menace comme l'ont montré les conditions d'éclatement de la Yougoslavie.

Désormais chacun s'accorde à souligner la nécessité de porter toute l'attention possible aux modalités de sortie de crise. C'est au point qu'une nouvelle science paraît émerger, au nom ambiguë de *transitologie*⁴⁵. Elle préconise la mise en place d'un ensemble de

⁴⁵ Cf. les études conduites à la fin des années 1970 et au début des années 1980 dans le cadre d'un programme du Woodrow Wilson Center sur l'Amérique latine : G. O'DONNELL et P. SCHMITTER, *Transitions from Authoritarian Rule : Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, Baltimore 1986. Pour ce qui est de l'Afrique notamment : Caroline DUFY et

La justice transitionnelle

mesures paraissant à même de faire repartir les sociétés jusque-là déchirées, sur de bonnes bases. Du point de vue politique, les nouvelles autorités doivent s'appuyer sur une légitimité aussi indiscutable que possible ce qui est subordonné à l'organisation d'élections à la régularité desquelles la communauté internationale veille de façon très attentive. Sur le plan économique, les bases d'un retour à la croissance sont autant que possible financées, pour mettre fin aux privations inséparables de la période d'affrontement, pour rendre possible une politique de reconstruction des infrastructures détruites pendant le conflit, pour convaincre les anciens belligérants des avantages de la paix. Dans une perspective sociale, toutes les mesures doivent être prises pour venir en aide aux victimes des affrontements, à ceux qui ont été physiquement atteints qu'ils aient été civils ou militaires, et à ceux que la mort ou la dispersion des familles laissent seuls et démunis, incapables de s'assumer eux-mêmes. La réinsertion des anciens combattants, notamment des plus jeunes qui n'ont rien connu d'autres que la guerre, est particulièrement prise en compte. Enfin et pour ce qui concerne les mentalités, les responsabilités des uns et des autres doivent être établies aussi clairement et aussi objectivement que possible afin de mettre les coupables hors d'état de nuire de nouveau et, si possible de les sanctionner. C'est ici qu'intervient la justice transitionnelle⁴⁶.

On peut reconnaître à ce terme plusieurs assertions. Une pratique fort ancienne consiste à organiser des procès spectaculaires, destinés à mettre en lumière les forfaits dont certains se sont rendus coupables,

Céline THIRIOT, « Les apories de la transitologie : quelques pistes de recherche à la lumière d'exemples africains et post-soviétiques », *Revue internationale de politique comparée*, vol. 20, 2013, p. 19-40.

⁴⁶ Sur le thème de la justice transitionnelle comme instrument de la nouvelle bonne gouvernance en période de sortie de crise : « Désormais, l'utilisation de la justice transitionnelle est devenue quasi prescriptive, au nom du rétablissement de la paix, de la démocratie et de la stabilité régionale. En une quinzaine d'années, la création d'une trentaine de Commissions Vérités ainsi que de nombreux Tribunaux pénaux, qu'ils soient semi-internationaux ou internationaux, a reconfiguré l'architecture du système international » (Pierre HAZAN, *Juger la guerre, juger l'histoire*, *op. cit.*, p. 14).

dans le respect de procédures qui sont censées donner toute garantie aux accusés. Il y a évidemment une part d'action psychologique dans l'organisation de ces mises en scènes juridictionnelles : l'apparat de la justice ordinaire vient banaliser l'action des personnes mises en cause qui ont parfois bénéficié d'un fort charisme à l'époque des affrontements. Leur comparution aux mêmes places que des criminels de droit commun doit atténuer, voire détruire leur popularité. Le témoignage de ceux qu'ils ont maltraités peut achever de les déshonorer. La sentence prononcée de façon collégiale, et en principe indépendamment des pressions des vainqueurs, tend à apparaître comme la juste sanction des fautes commises. De telles opérations sont fréquentes et l'on en trouve de nombreux exemples encore présents dans les mémoires collectives, parfois fort longtemps après, qu'elles s'appuient sur l'histoire de France comme le procès de Jeanne d'Arc, ou sur celle du monde comme avec la mise en place du Tribunal de Nuremberg⁴⁷. Des périodes très éloignées dans le temps comme sous l'Antiquité ou par rapport à nos canons modernes en matière de justice relèvent de la même démarche, toujours avec la recherche d'un équilibre entre l'apparence recherchée d'une instance ordinaire ce qui rabaisse les accusés en les banalisant, et la volonté de donner la plus grande audience possible à leur comparution. Notre époque contemporaine continue de faire appel à cette technique en y ajoutant une dimension internationale qui est censée mieux garantir l'indépendance des juges.

⁴⁷ Il faut rappeler que, lors du procès de Nuremberg, après la seconde guerre mondiale, les juges nommés par les vainqueurs mobilisèrent la règle du *Tu quoque* : les accusés ne peuvent arguer que leurs adversaires ont également commis des crimes. Cette règle connut cependant des atténuations.

Chapitre 2

LE JUGE, QUELLE INDEPENDANCE ?

par Christian Grellois,
professeur à la Faculté de droit
et de science politique de l'Université de Bordeaux

Rendre la justice au XXI^{ème} siècle. Si une telle question interroge sur la diversité des modalités contemporaines de satisfaction de la demande sociale de justice¹, elle interroge aussi et tout autant sur la condition première permettant d'en assurer la satisfaction dans l'exercice par l'Etat de la fonction de juger, qui est celle de la confiance du justiciable dans l'indépendance et l'impartialité du juge.

Or l'encadrement institutionnel et normatif de la fonction juridictionnelle par nombre d'Etats reste emprunt, au-delà de l'affirmation constante des principes fondamentaux qui la gouvernent, d'une part d'incertitude et de marges de progrès quant au statut et aux garanties accordées au pouvoir judiciaire dans l'espace francophone.

S'il est unanimement acquis et proclamé qu'il n'est pas de démocratie et pas d'Etat de droit sans indépendance de la justice, la pleine satisfaction de cette exigence reste encore dans certains Etats francophones plus un objectif à atteindre qu'un principe fondamental dont il serait tiré toutes les conséquences en vue d'assurer la régulation de l'ordre juridique et la stabilisation de l'ordre politique.

¹ NGUYEN Quoc Dien, « L'arbitrage et la privatisation de la justice », *infra*.

Au-delà des apparences ou des affirmations de principe découlant de l'institutionnalisation par les Constitutions des pays francophones d'ordres juridictionnels dotés de Cours suprêmes et d'instances de régulation, subsiste une série d'interrogations au sein de l'espace francophone et des instances de la Francophonie, que ravive régulièrement l'actualité politique des pays en transition démocratique et qui porte sur l'effectivité de l'indépendance du juge, sa place et celle des juridictions au sein des institutions publiques, sa capacité à assurer pleinement la fonction juridictionnelle et à participer effectivement à l'équilibre des pouvoirs. Or il s'agit là de fonctions qui participent de l'essence même de l'idéal démocratique et de l'Etat de droit, et qui fondent la communauté de valeurs de la Francophonie, au-delà de la diversité des cultures juridiques et politiques de l'espace qui la caractérise.

Se pose ainsi, aujourd'hui encore, la question majeure de l'effectivité du rôle du juge dans l'espace francophone, qui interroge sur le statut et le rôle des cours constitutionnelles, des cours suprêmes et des ordres juridictionnels dans la construction et la consolidation de la démocratie et de l'Etat de droit, de la protection des droits de l'homme et, ambition nouvelle de la Francophonie, de la promotion du développement durable. La mise en place de mécanismes de protection de l'indépendance des juges et du pouvoir judiciaire ou juridictionnel reste en effet, à des degrés divers, un des défis du constitutionnalisme des années post-quatre-vingt dix et des décennies futures dans l'espace francophone.

Depuis une vingtaine d'années, la promotion de l'Etat de droit et de l'indépendance du juge a été érigée en véritable priorité que ce soit dans le cadre des Nations unies, des Institutions européennes et africaines mais aussi de l'Organisation mondiale du commerce et de la Banque mondiale, que de l'Organisation internationale de la

Le juge, quelle indépendance ?

Francophonie pour laquelle « l'Etat de droit et la justice constituent un pendant essentiel de l'impératif démocratique » et « une préoccupation constante de son action politique² », ce qui a conduit un certain nombre d'Etats à engager en Afrique, en Europe centrale et en Asie³, des réformes de leur système juridique et judiciaire.

Or, les interrogations sur la nature du pouvoir du juge que l'on peut observer encore dans les démocraties avancées, les révolutions démocratiques intervenues en Tunisie, en Egypte et plus récemment au Burkina Faso, les conflits larvés qui se prolongent en République Démocratique du Congo, en République centrafricaine ou au Burundi, ainsi que les situations de recul de l'Etat de droit et les menaces récurrentes de rupture de l'ordre constitutionnel en Afrique francophone subsaharienne, démontrent combien la construction de la démocratie et de l'Etat de droit reste une conquête permanente dans l'espace francophone et combien l'indépendance du juge, même si elle est largement proclamée comme un principe universel, reste souvent encore, à des degrés divers selon les Etats, un objectif à atteindre.

1. L'indépendance de la justice, comme principe

La fonction de juger occupe une place singulière parmi les fonctions de l'Etat dans une société démocratique. A travers l'exercice de sa fonction juridictionnelle, le juge (constitutionnel, Cours suprêmes, ordres juridictionnels), selon son champ de compétences, a vocation à assurer non seulement le respect du droit et des libertés,

² O. KASSI, *Francophonie et Justice*, thèse pour le doctorat en droit, sous la direction de F. HOURQUEBIE, Université de Bordeaux, 2015.

³ Comme le Vietnam, qui s'est engagé à la suite de son entrée à l'OMC dans un programme prioritaire de réorganisation des institutions juridiques et judiciaires (Résolution n° 49-NQ/TWW du 2 juin 2005 sur la stratégie de réformes judiciaires jusqu'à 2020).

mais aussi à assurer la régulation des relations entre les pouvoirs, à garantir un fonctionnement équilibré des institutions démocratiques et en cas de crise à contribuer au rétablissement de la démocratie, de l'Etat de droit et des libertés. En elle-même, l'indépendance de la justice consiste à la fois en un principe cardinal et un standard minimal des sociétés démocratiques. Elle est à la fois un droit et un devoir⁴ qui repose sur de solides fondements et dont la réalisation impose la consécration d'un minimum de garanties effectives.

1.1. L'indépendance de la justice, un principe cardinal

Le principe d'indépendance de la justice qui trouve son fondement dans la théorie de la séparation des pouvoirs d'après laquelle, selon la formule de Montesquieu « il n'y a point de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et exécutive »⁵ est consubstantiel de l'idée de démocratie, en ce qu'il est la condition nécessaire de la protection judiciaire des droits et de l'existence d'un pouvoir judiciaire garantissant l'équilibre des pouvoirs.

1.1.1. Un principe proclamé

L'indépendance de la justice, qui est un des piliers de l'Etat de droit, est un principe qui est aujourd'hui affirmé dans toutes les constitutions de l'espace francophone, et il y est d'autant plus affiché comme une exigence fondamentale que l'Etat de droit y est parachevé ou que son établissement ou son rétablissement y est souhaité⁶. Son

⁴ G. CARCASSONNE, « Rapport introductif », in *L'indépendance de la justice*, Actes du deuxième congrès de l'AHJUCAF Dakar 2007, p. 31 et s.

⁵ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* Livre XI, chap.VI, p. 208 de l'édition d'Amsterdam 1767.

⁶ F. HOURQUEBIE, *L'indépendance de la justice dans les pays francophones*, Les Cahiers de la justice 2012.

Le juge, quelle indépendance ?

affirmation en Europe centrale et orientale au moment de la chute du système soviétique, qui répondait à la nécessité de satisfaire à la conditionnalité politique de l'intégration à l'Union européenne, de même que sa survalorisation en Afrique, participent de la volonté d'accompagner les transitions démocratiques en Europe centrale et orientale et en Afrique de l'Ouest et centrale.

Le principe d'indépendance prend ainsi aujourd'hui la forme d'une exigence constitutionnelle commune aux Etats francophones qui tous ont adopté la déclaration de Bamako du 3 novembre 2000 par laquelle ils se sont engagés 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 l'espace francophone, la garantie de l'indépendance des juridictions est d'abord le fait des constitutions qui toutes mentionnent le principe d'indépendance de la justice que ce soit dans le préambule ou dans le corps même de la constitution dans un titre spécifique consacré soit à l'autorité judiciaire⁷ soit au pouvoir judiciaire⁸, cela quel que soit le degré de précision des définitions et des garanties qui lui sont associées et sans que l'on puisse donner une portée à la distinction autorité-pouvoir autre que celle que lui donnent les juridictions constitutionnelles.

Ainsi, si l'on retient l'exemple français, à la conception philosophique initiale (celle de la puissance de juger) puis à celle radicale de l'égalité entre les « pouvoirs » exécutif, législatif et judiciaire des révolutionnaires de 1791, a succédé une conception de la séparation des pouvoirs déniait au corps judiciaire, non issu de l'élection, un pouvoir de nature comparable à celui du Parlement et

⁷ France, Maroc, Moldavie, Roumanie, Suisse.

⁸ Burkina-Faso, Burundi, Congo Brazzaville, Cameroun, Egypte, Mali, Sénégal, Togo, Vietnam, Cambodge etc.

du gouvernement, « le juge ne devant pas contrarier le souverain »⁹, tout en maintenant jusqu'à la constitution de 1946 la référence au « pouvoir judiciaire ». Cette référence au pouvoir judiciaire, si elle a été abandonnée par la constitution de 1958 au profit de celle d'« autorité judiciaire », en faisant du président de la République « le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire » selon une disposition ambiguë, n'a pas empêché le juge constitutionnel d'en déduire en 1980 la valeur constitutionnelle de l'indépendance de la justice, en considérant qu'« 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 » et à en consacrer le principe en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République pour les magistrats de l'ordre administratif¹⁰. Principe, en outre, au renforcement duquel il a œuvré pour les magistrats de l'ordre judiciaire par toute une jurisprudence protectrice à chaque fois qu'il a été saisi de lois modifiant leur statut¹¹, en intimant au législateur organique de respecter le principe d'indépendance des magistrats du siège, le principe d'égalité de traitement dans le déroulement des carrières, d'assurer une protection uniforme à tous les membres du corps judiciaire, ainsi que des garanties particulières et renforcées à ceux du siège. Principe d'ailleurs qui se trouve renforcé dans l'espace juridique européen par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui

⁹ J.-D. BREDIN, « Qu'est ce que l'indépendance du juge ? », in *Justice et pouvoirs*, Justices 1996, n° 3 p. 161 et s.

¹⁰ Décision n°80-119 DC du 22 juillet 1980 Loi portant sur la validation des actes administratifs.

¹¹ Décision 92-305 DC du 21 février 1992 ; Décision 95-335 DC 10 janvier 1995 ; Décision 2001-445 du 19 juin 2001.

Le juge, quelle indépendance ?

consacrent, en termes identiques, le droit de toute personne à un procès équitable et à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal indépendant et impartial, dispositions qui ont donné lieu au développement d'une jurisprudence de plus en plus contraignante, tant de la part de la Cour européenne des droits de l'homme, que des juridictions nationales.

C'est en effet l'office même du juge constitutionnel et des cours suprêmes que d'être les garants de l'indépendance de la justice et de celle réciproque des pouvoirs publics entre eux. Ce qui implique dans un régime démocratique que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ne puissent intervenir autrement que par la fixation de normes au respect desquelles il appartient au juge de veiller, mais aussi que le juge s'abstienne d'intervenir au delà de ses compétences propres dans le fonctionnement des autres pouvoirs¹². Or l'aménagement constitutionnel de l'équilibre des pouvoirs des constitutions démocratiques de l'espace francophone, confère au juge constitutionnel un rôle qui lui donne vocation à jouer celui de garant de la constitution, et cela tant au regard de l'Etat de droit que de l'équilibre des pouvoirs.

Les Cours constitutionnelles européennes, qui se sont affirmées comme de véritables juridictions même si l'origine et le mode de désignation de leurs membres a pu conduire parfois, notamment en France, à s'interroger sur leur nature politico-juridictionnelle, se voient toutes reconnaître un ensemble de compétences qui couvrent tant le contentieux des normes et des actes des pouvoirs publics à travers le contrôle de constitutionnalité des lois, des actes du parlement, des engagements internationaux, de la violation des droits fondamentaux, des actes du gouvernement et de l'administration, que le contentieux des élections et spécialement du contrôle de la

¹² G. CARCASSONNE, « Rapport introductif », précité.

régularité du déroulement de l'élection présidentielle, selon des modalités et une intensité variable définies par les constitutions, allant d'un contentieux véritable (arrêt) dans les cours ouest-européennes, à une simple régulation des procédures électorales (avis) dans les cours est-européennes, la faiblesse du contrôle sur l'élection y étant alors compensée pour ces dernières par des compétences étendues en matière d'interprétation des dispositions relatives à l'élection présidentielle, de contrôle de celles qui régissent le statut, les conditions d'exercice de la fonction¹³, la mise en jeu de sa responsabilité du président¹⁴ et la résolution des conflits institutionnels entre les pouvoirs publics¹⁵.

Cette fonction de garant de la constitution quant au contrôle du mandat et des élections présidentielles se retrouve à des degrés divers dans les Constitutions africaines. Le juge constitutionnel y a compétence, s'il s'en donne l'autorité comme au Niger entre 2009 et 2011, pour se prononcer sur l'inconstitutionnalité du maintien en fonction d'un président au-delà de son mandat, et celle d'une révision du texte fondamental n'ayant d'autre objet que l'y maintenir, pour invalider le décret de convocation au référendum sur la nouvelle constitution¹⁶ et pour contrôler le déroulement et la sincérité de l'élection présidentielle afin d'assurer la légitimité du résultat de celle-ci. Bref, pour incarner ce « juge fort et indépendant de toutes les formes de pouvoir »¹⁷, jouant pleinement le rôle de « gardien des

¹³ Vérification de l'incapacité du président à exercer ses fonctions.

¹⁴ Mise en accusation, suspension, destitution, en Roumanie, en Hongrie, en Pologne. Et aussi à Madagascar, voir Laurent SERMET, *Le paradoxe démocratique à Madagascar, infra*.

¹⁵ Notamment en Roumanie à propos de la fonction présidentielle.

¹⁶ Cour constitutionnelle du Niger en 2009.

¹⁷ J.-D. BREDIN, « Qu'est ce que l'indépendance du juge ? » précité.

Le juge, quelle indépendance ?

promesses » selon la formule d'Antoine Garapon¹⁸, même s'il reste encore singulier face à celles des pratiques qui font parfois du juge constitutionnel moins le gardien de la constitution que celui du pouvoir en place¹⁹.

1.1.2. Un principe à renforcer

Si le principe est simple, pas de démocratie, pas d'Etat de droit, sans indépendance de la justice, et si l'universalité et la nécessité de l'indépendance de la justice ne sont pas discutées, sa matérialité et sa portée restent néanmoins aujourd'hui encore objet de perfectionnement et de débats. L'exemple français le démontre en ce qui concerne l'indépendance des membres du Parquet, la reconnaissance d'un pouvoir juridictionnel et de son rôle de contre-pouvoir au sein de l'équilibre des pouvoirs.

Ainsi des réformes récentes sont venues renforcer en France la consécration au plan normatif de l'indépendance de la justice, qui est assurée depuis 1946 par la constitution pour les magistrats du siège qui bénéficient de l'inamovibilité²⁰, et qui a été étendue aux magistrats administratifs par le juge constitutionnel, mais qu'il n'avait reconnue que de manière ambiguë aux membres du Parquet. Or la question même de l'appartenance des membres du Parquet au corps des magistrats fait débat. Elle a été soulevée par la Cour européenne des droits de l'homme qui a jugé en 2008²¹, selon une argumentation

¹⁸ A. GARAPON, *Le gardien des promesses*. Justice et démocratie, Paris Odile Jacob, 1996.

¹⁹ F. HOURQUEBIE et W. MASTOR, *Les Cours constitutionnelles et suprêmes étrangères et les élections présidentielles*, Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel n° 34 -2012.

²⁰ Article 64 de la Constitution du 5 octobre 1958, qui reprend sur ce point la Constitution du 27 octobre 1946.

²¹ CEDH 10 juillet 2008, *Medvedyev et alii c/France*.

reprise par la chambre criminelle de la Cour de cassation en 2010²², que les membres du Parquet ne peuvent être considérés comme des magistrats indépendants et impartiaux au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la mesure où le ministère public français, étant à la fois partie poursuivante et partie à la même procédure, se trouve en situation de partialité fonctionnelle²³. Ce qui a conduit le législateur français en 2011 dans la loi relative à la garde à vue²⁴ à transférer, dans toute une série de circonstances, à un magistrat du siège le pouvoir de priver une personne de sa liberté, et de manière plus générale en 2013²⁵, à affirmer l'indépendance du Parquet en interdisant désormais au ministre de la Justice d'adresser des instructions individuelles aux magistrats du ministère public.

Quant à l'indépendance des magistrats de l'ordre administratif, celle-ci s'est également vue renforcée par le législateur qui a reconnu pour la première fois en 2012²⁶ la qualité de « magistrats » aux membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, alors que leurs conditions de recrutement sont similaires à celles des magistrats judiciaires, que le déroulement de leur carrière

²² Cass. Crim. 15 décembre 2010 n° 10-83674.

²³ Argumentation réitérée par la Cour européenne des droits de l'homme à propos du délai de comparution de 48h devant le juge des libertés et de la détention, après placement en garde à vue par un procureur, en 2013 (CEDH 27 juin 2013, n° 62736/09, *Vassis c/France*) et en 2014 (CEDH 4 décembre 2014 n° 17110/10, *S. et alii c/France* ; et CEDH 4 décembre 2014 17301/10 *H. et alii c/France*), qui continue de faire débat.

²⁴ Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

²⁵ Dans la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique.

²⁶ Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique . Article L. 231-1 du code de justice administrative.

Le juge, quelle indépendance ?

est soumis à des garanties de fait obéissant à des règles d'origine coutumières puis législatives concernant l'avancement à l'ancienneté et qu'ils bénéficient d'une inamovibilité de fait²⁷ ou de droit²⁸.

Pour autant, la question de la reconnaissance d'un pouvoir judiciaire ou de manière plus fonctionnelle d'un pouvoir juridictionnel, construit sur le renforcement de l'Etat de droit et le dialogue des juges, reste une question sensible, tant la vieille crainte du gouvernement des juges continue d'obérer les rapports entre le juge, le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, notamment lorsque le juge est saisi « d'affaires » qui risquent de mobiliser les médias et de réveiller l'opinion, chacun des pouvoirs craignant ou stigmatisant alors l'ingérence de l'autre. Or, l'indépendance et l'impartialité du juge restent le meilleur atout du respect de l'équilibre des pouvoirs, celui du juge ne se fondant et n'ayant d'autre finalité et légitimité que d'assurer la primauté du droit, tant dans le fonctionnement des institutions que pour la garantie des droits fondamentaux et des libertés. Car la fonction du juge reste fondamentalement celle d'être la « bouche de la loi » selon la formule de Montesquieu, même si elle se double aujourd'hui dans les démocraties modernes et médiatiques, de celle de gardien des valeurs démocratiques, ce qui conduit le juge à travers son contrôle à évaluer la fidélité des gouvernants aux valeurs proclamées et à confirmer leur « légitimité démocratique²⁹ ». Evolution aussi qui, à côté d'une « justice de sécurité à base de raison » dont l'objet est de dire le droit, laisse place à la revendication d'une « justice d'équité à base de sentiment³⁰ » qui ambitionne de

²⁷ De nature coutumière pour le Conseil d'Etat.

²⁸ Expressément pour les magistrats des juridictions financières et en des termes de portée identique pour le corps unique des tribunaux et Cours administratives d'appel.

²⁹ P. RONSANVALLON, *La légitimité démocratique*, Seuil 2008.

³⁰ R. PERROT, in *La crise du juge*, Story Scientifica et LGDJ, 1991 p. 37.

révéler le juste et qui, pour répondre aux attentes du « public », fait plus place à la morale qu'au droit avec tous les risques de dérives d'une telle intention.

Or face aux évolutions affectant la place du droit dans les démocraties et le rôle du juge en tant que « pouvoir » et « contre-pouvoir »³¹, il est significatif que le recours même à ces concepts, acquis au niveau scientifique dans l'analyse de la fonction de régulation du juge dans le respect de la constitution et des normes fondamentales, puisse encore surprendre les représentants de la nation lorsqu'il s'agit de désigner les membres d'organes de garantie de l'indépendance des magistrats. Si cela interroge sur la maturité du politique dans son rapport à la justice, cela est également révélateur de la crise d'identité et de légitimité qui affecte tant le juge constitutionnel quant à sa nature en tant qu'« instance constitutionnelle », que le juge judiciaire face à l'évolution des attentes sociétales, ou que le juge administratif désormais concurrencé dans l'exercice de sa fonction jurisprudentielle.

Au-delà des marges de progression dans la consécration de l'indépendance et de l'impartialité du juge et des effets des évolutions de son rôle, c'est d'abord par la réalisation des conditions de son indépendance et de son aptitude à l'incarner que se construit la confiance dans le juge et la légitimité du pouvoir juridictionnel, qui sont la condition du dépassement du clivage politique-justice, ainsi que du maintien et du progrès de la démocratie.

1.2. L'indépendance du juge, un standard minimal

La force des démocraties « c'est la confiance de la Nation dans le juge comme gardien impartial du règne du droit ». La formule du

³¹ F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème république*, Bruylant 2004, préface Slobodan MILACIC.

Le juge, quelle indépendance ?

juge Stevens dans son opinion dissidente dans la décision *Bush v. Gore*³², traduit pleinement le caractère consubstantiel de l'idée de démocratie du principe d'indépendance de la justice, dont l'effectivité est conditionnée par la consécration d'une série de garanties statutaires assurant l'indépendance du juge, mais aussi par une éthique et une déontologie de celui-ci en garantissant l'impartialité.

1.2.1. L'indépendance, un droit statutaire

L'indépendance de la justice « se manifeste par la liberté du juge de rendre une décision non liée par une hiérarchie ou des normes préexistantes »³³. Et le modèle idéal-type auquel tend le principe d'indépendance est celui d'« un juge libre et fort, indépendant de toutes les formes de pouvoir »³⁴. Or, l'effectivité de l'indépendance de la justice en tant qu'exigence constitutionnelle commune aux Etats francophones, qu'elle soit exprimée sous la forme d'autorité judiciaire ou de pouvoir judiciaire, dépend, au delà de la consécration du principe³⁵, de la nature et du degré de précision des garanties qui lui sont associées et qui sont accordées au juge.

L'indépendance du juge repose d'abord sur une série de garanties statutaires qui en conditionnent le degré d'effectivité potentielle et dont la mise en œuvre doit être strictement contrôlée par une autorité garantissant l'indépendance des juges, du type conseil supérieur de la

³² O. DUHAMEL, *Bush « Supreme Court, Bush v. Gore (00-949) 12 décembre 2000 » Dalloz n°5 2000, Point de vue p. 368.*

³³ J.-M. VARAUT, « Indépendance », in CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004 p. 622-623.

³⁴ J.-D. BREDIN, « Qu'est ce que l'indépendance du juge ? » précité.

³⁵ Comme par exemple la constitution vietnamienne du 28 novembre 2013 qui, dans son article 103-2, proclame que « les juges et les assesseurs sont indépendants et ne doivent obéir qu'à la loi ».

magistrature ou de la justice ou autre institution de même type, bénéficiant elle-même de garanties d'indépendance.

La première des garanties est celle de l'inamovibilité qui, consacrée selon les cas par la constitution, une loi organique³⁶, une loi ou un décret³⁷ en des termes parfois très précis, est une garantie minimale de l'indépendance des juges, très généralement affirmée dans l'espace francophone, dont le degré de réalité est directement dépendant de la portée qui lui est reconnue, mais que les atténuations qui lui sont apportées, qu'elles soient temporelles³⁸ ou circonstanciées³⁹, remettent fondamentalement en cause même si elles sont soumises à l'avis conforme de l'instance de contrôle de la magistrature.

La garantie de l'inamovibilité doit en outre s'accompagner de règles strictes en matière de formation, de recrutement et de déroulement des carrières des magistrats, en privilégiant la voie du concours, qui est très généralement suivie dans le cadre de l'espace francophone, sans exclure un recrutement complémentaire sur titre, dès lors que les critères de sélection sont ceux d'un niveau de compétence juridique et de valeurs morales élevées, complété d'un temps de formation professionnelle spécifique de type école de la magistrature et reposant sur des règles de nomination et de déroulement des carrières confiées à des organes de garantie de l'indépendance des magistrats, du type conseil supérieur de la magistrature ou de la justice, propre à chaque ordre de juridiction, empêchant ou limitant toute influence du pouvoir politique sur les

³⁶ En France, par l'ordonnance du 22 décembre 1985 ayant valeur de loi organique, au Maroc au Sénégal, au Niger...

³⁷ Cameroun.

³⁸ Durée d'inamovibilité de 3 ans au Mali, durée de mandat de 8 ans renouvelable au Vietnam.

³⁹ Notamment en Afrique.

Le juge, quelle indépendance ?

nominations et le déroulement des carrières et assurant qu'en matière d'avancement, la mutation ou la promotion ne puissent être détournées de leur finalité.

Ainsi la plupart des constitutions de l'espace francophone, sauf raison de tradition juridique d'inspiration anglo-saxonne (Canada, Maurice) ou de tradition politique privilégiant le contrôle démocratique direct (Suisse), confient la garantie de l'indépendance des magistrats à une autorité garante de l'indépendance de la justice, même si celle-ci reste soumise dans l'exercice de sa fonction à une autorité politique en la personne du président de la République qui, à l'exemple de la France, assure la présidence du Conseil supérieur de la magistrature et dont la fonction d'arbitrage s'il elle n'est pas purement formelle⁴⁰, doit trouver sa limite dans le « principe de constitutionnalité », c'est à dire dans le respect de la constitution et des principes qu'elle pose, et qui en dernière instance est la seule source de légitimité du pouvoir exécutif dans un Etat de droit et dans une société démocratique.

L'indépendance du juge repose enfin, de manière tout aussi essentielle, sur une série de garanties financières devant assurer l'autonomie budgétaire et permettre le fonctionnement régulier des juridictions ainsi que l'indépendance matérielle des juges, nécessaire à la dignité de leur fonction, garanties moins souvent énoncées au niveau constitutionnel qu'au niveau infra-constitutionnel, mais qui sont essentielles tant pour satisfaire la demande de justice, que le droit au juge, le droit au droit et à un règlement des litiges dans un délai raisonnable, dans des conditions ne permettant pas de mettre en doute, pour de telles raisons, l'impartialité du juge.

⁴⁰ T.-S. RENOUX, « Le président de la république garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire », in *Justice et pouvoirs*, Justices 1006, n° 3 p. 97 et s.

1.2.2. L'indépendance, un devoir d'impartialité

« La première qualité du magistrat, c'est d'être indépendant, farouchement indépendant », déclarait Marcel Waline, lors de sa nomination comme membre du Conseil supérieur de la magistrature. L'idée est forte, car l'indépendance du juge se double d'une exigence morale, dont la finalité est l'impartialité de ses décisions, qu'il se doit d'assurer aux justiciables dans le règlement des litiges.

L'exigence d'impartialité qui est faite au juge est le degré ultime de l'indépendance du juge. Elle ne se limite pas à l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif ou législatif. Elle s'impose également à l'égard de toutes les autres formes de dépendances, d'influences, d'ingérences⁴¹ ou de séductions qu'elles soient de nature économique, politique, idéologique, syndicale ou médiatique et elle fait obligation au juge d'exercer sa mission en toute impartialité, sans outrepasser sa compétence ou excéder ses pouvoirs et sans manquer aux principes fondamentaux du procès et aux droits de la défense.

Car au-delà de « l'impartialité structurelle »⁴² propre à l'organisation de la juridiction et qui est celle de l'indépendance de la formation de jugement, c'est de l'impartialité personnelle du juge durant le procès en cours d'audience ou de séance et de la décision qu'il rend, que dépend la qualité de la justice. C'est de cette forme d'impartialité subjective dont doit faire preuve le juge en se détachant de toute forme d'influence ou de convictions personnelles, que dépend la confiance du justiciable et l'opinion. L'impartialité qui s'impose au juge repose au final sur un certain nombre d'exigences éthiques et déontologiques qui sont indispensables à la fonction de

⁴¹ La Constitution vietnamienne du 28 novembre 2013 dispose ainsi, dans son article 103-2, que « l'ingérence dans les procès » d'institutions ou de personnes extérieures « est strictement interdite par la constitution ».

⁴² Au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : CEDH 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse* (§ 63 et s.).

Le juge, quelle indépendance ?

juger dès lors lorsqu'il s'agit de qualifier, d'interpréter et de statuer, qui sont autant actes de connaissance que de volonté et qui exigent cette vertu particulière qui est celle du « contrôle de soi »⁴³ dans l'exercice du rôle de gardien impartial du règne du droit.

Si une telle éthique de la responsabilité attendue du juge peut paraître de l'ordre de l'idéal-type, en ce qu'elle reste soumise à la force des caractères et à l'aléa des contingences, le renforcement de l'indépendance et de l'impartialité du juge et de la justice n'en est pas moins essentiel pour surmonter la crise actuelle du juge et de la justice, laquelle participe de celle que traversent plus globalement les sociétés en évolution rapide dans un contexte mondialisé, car elle lui impose des devoirs et une responsabilité accrue⁴⁴. Plus que jamais la satisfaction de la demande de justice, et la confiance du justiciable en la justice imposent la nécessité d'« un juge libre et fort, indépendant de toutes les formes de pouvoir ». D'où l'importance de l'attention portée à la formation des juges, au renforcement de leur statut et de leurs conditions matérielles d'exercice, au développement des instances nationales encadrant l'exercice de la fonction de juger, et à un niveau plus large au dialogue des juges dans un cadre national, régional et international, tant dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle, qu'au sein de réseaux institutionnels comme l'Association des hautes juridictions de cassation des pays 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), pour lesquels l'indépendance de la justice, si elle est bien

⁴³ L. CADIET et S. GUINCHARD, « La justice à l'épreuve des pouvoirs, les pouvoirs à l'épreuve de la justice », *In Justice et Pouvoirs*, Justices 1996-3.

⁴⁴ A. CABANIS, « La responsabilité du juge. Devenir d'une impossibilité », *infra*.

un principe majeur, reste encore à des degrés divers un objectif à atteindre.

2. L'indépendance de la justice, comme objectif

L'indépendance de la justice qui a la valeur de principe juridique fondamental et consubstantiel des régimes démocratiques, indispensable à la régulation de l'ordre juridique et démocratique, qui est proclamée haut et fort et de manière constante au plan international et au sein des instances de la Francophonie, reste un objectif politique dont le niveau de réalisation demeure inégalement et encore insuffisamment garanti et assuré dans l'espace francophone. Or tout l'enjeu des décennies qui viennent est celui d'une consolidation et d'un renforcement de la démocratie, de l'Etat de droit et l'indépendance de la justice dont la mise en œuvre et l'effectivité ne peuvent se concevoir sans une prise en compte de la diversité des cultures et des systèmes juridiques. En cela, le simple constat et la simple analyse des dysfonctionnements au sud comme au nord, ne peuvent suffire à rendre compte de la réalité des processus de transformation des sociétés démocratiques ou en transition démocratique, nécessaires à la réalisation de cet objectif. L'indépendance de la justice, principe incontournable de l'ordre démocratique, n'est pas innée. Elle est par nature le résultat d'un processus de démocratisation et d'adhésion de tout le corps social aux valeurs de la démocratie et de l'Etat de droit, réappropriées à l'aune de la diversité des cultures juridiques et politiques, ce qui nécessite, pour en assurer l'effectivité, un respect et un affermissement constants pour éviter ou surmonter la survenance des crises institutionnelles, la perte de confiance du peuple en la justice et la perte de légitimité des gouvernants. Dire cela c'est, tenant compte d'un principe de réalité, souligner les défis que traduisent

Le juge, quelle indépendance ?

l'inachèvement du processus de consolidation de l'indépendance de la justice, mais aussi constater les conditions et les formes d'affermissement de ce processus qui sont le signe tangible de réalisation de l'objectif proclamé.

2.1. L'indépendance de la justice, un objectif inégalement réalisé

Le constat est clair. Si la consécration constitutionnelle du principe d'indépendance et le renforcement des protections statutaires et matérielles qui l'accompagnent sont une réalité dans l'espace francophone, ils n'apportent qu'une valeur ajoutée des plus incertaine face aux atteintes qui leur sont apportées par le pouvoir politique et notamment le pouvoir exécutif dans un certain nombre de pays en transition démocratique de l'espace francophone. Dès lors, le défi pour la justice du XXI^{ème} siècle est d'assurer l'effectivité de l'indépendance des juges par un apaisement des relations entre le pouvoir exécutif et les institutions judiciaires et par une stabilisation des institutions démocratiques tout en tenant compte de la spécificité et de la diversité des systèmes juridiques et des cultures politiques.

2.1.1. Le défi de la garantie de l'indépendance de la justice

Les atteintes à l'indépendance de la justice, régulièrement stigmatisées par les réseaux institutionnels de l'OIF et notamment par l'Association des hautes juridictions de cassation ayant en partage l'usage du français, tiennent tant aux pesanteurs hiérarchiques qu'aux pressions politiques qui pèsent sur le recrutement des juges, sur le déroulement des carrières et les sanctions disciplinaires dont ils peuvent faire l'objet. L'ingérence politique reste une réalité dont la portée et les manifestations sont variables et qui ne peuvent se trouver contenues que si les instances supérieures de la magistrature du type

Conseil supérieur de la magistrature se voient reconnaître un pouvoir d'avis conforme sur les nominations des magistrats du siège et du parquet ainsi que des présidents de Cours suprêmes, et que si elles exercent elles mêmes leur mission en toute indépendance du pouvoir politique. Or, il s'agit d'un objectif qui reste à atteindre dans un certain nombre d'Etats de la sphère francophone. Les atteintes au principe d'inamovibilité des magistrats, fondées dans certains pays africains francophones⁴⁵ sur les « nécessités du service » afin de justifier le déplacement des magistrats opposés au pouvoir en place, avec la « connivence » des conseils supérieurs de la magistrature⁴⁶, tout comme l'insuffisante autonomie budgétaire du pouvoir judiciaire et l'insuffisante rémunération des magistrats dans nombre d'Etats de l'espace francophone, ainsi que le souligne l'OIF dans ses rapports⁴⁷, illustrent les stratégies de contournement et de détournement des garanties constitutionnelles et institutionnelles du principe d'indépendance de la justice par les pouvoirs en place, qui ne peuvent, dans l'espace francophone, au regard des valeurs proclamées, être pérennisées. Plus encore, la pratique des nominations et des révocations des présidents de cours suprêmes selon des critères purement politiques constitue une entrave majeure à l'indépendance de la justice pouvant conduire à de graves crises constitutionnelles⁴⁸, comme cela a été le cas en Afrique francophone en Guinée en 2009 et en Côte d'Ivoire en 2010.

⁴⁵ Sénégal, Burundi, Mauritanie...

⁴⁶ A.-B. FALL, « Les menaces de l'indépendance. Les menaces internes », in *L'indépendance de la justice*, Actes du deuxième congrès de l'AHJUCAF Dakar 2007, p. 47 et s.

⁴⁷ Rapport de l'OIF de 2010 note 30.

⁴⁸ Même si même si dans certains cas, les Cours constitutionnelles se sont révélées, en Europe centrale, en mesure d'invalider de telles révocations (pour la présidente de la Cour suprême en République tchèque en 2006).

Le juge, quelle indépendance ?

A cet égard, le respect des garanties statutaires de l'indépendance de la justice, qu'elles soient constitutionnelles ou législatives, est la condition première de l'effectivité de l'Etat de droit. Il en va de même pour les garanties matérielles nécessaires au fonctionnement d'une justice sereine. Le maintien d'un budget du service public de la justice à un niveau souvent égal ou inférieur à 1 % du budget de l'Etat, constitue une forme d'entrave redoutable au fonctionnement normal des juridictions qui, mal logées, mal équipées et ne disposant pas du personnel nécessaire, peinent à rendre la justice dans un délai raisonnable. Plus encore l'insuffisance des traitements des magistrats contribue à en limiter la disponibilité et à créer les conditions d'une forme réelle ou soupçonnée de corruptibilité qui porte atteinte à la dignité de leur fonction, à l'honorabilité qu'ils doivent incarner et au-delà à la finalité même du principe d'indépendance de la justice qui est celle de l'impartialité du juge et de ses jugements. Or, cette insuffisance de moyens alloués à l'institution judiciaire, alliée à des conditions de nomination et de gestion des carrières pour le moins perfectibles, contribue à nourrir dans l'opinion des pays en transition démocratique, aussi bien qu'en Afrique qu'en Europe centrale ou d'autres parties du monde, un sentiment de faible considération voire de suspicion de l'opinion publique à l'égard de l'indépendance de la justice, clairement constaté dans près des deux tiers des Etats membres de l'espace francophone en 2012⁴⁹ y compris dans ceux du nord, et dont les instances de la Francophonie et notamment celles qui représentent les cours suprêmes des pays francophones cherchent à convaincre les gouvernements qu'il est urgent d'y remédier. L'enjeu tout autant que le défi de la mise en place effective des conditions de fonctionnement d'une justice indépendante, est la confiance du

⁴⁹ G. CARCASSONNE, « Rapport introductif », *L'indépendance de la justice*, précité.

peuple en la justice et la légitimité des pouvoirs en place face au peuple souverain. Or, pour la Francophonie, le « pacte démocratique »⁵⁰ qui lui sert de fondement impose de « renforcer les capacités des institutions de l'Etat de droit » en veillant notamment à assurer « l'indépendance de la magistrature » et « la promotion d'une justice efficace et accessible »⁵¹.

Il s'agit là d'exigences qui conditionnent l'ouverture aux justiciables d'un réel accès au juge et au droit, et qui appellent la consécration d'un corpus de droits procéduraux⁵², permettant d'assurer au justiciable un standard procédural élevé, garantissant pleinement le droit à un tribunal, le droit à un recours effectif, le respect des droits de la défense, le droit à un procès équitable, à l'assistance d'un avocat en matière pénale, la séparation des fonctions d'instruction et de jugement et la présomption d'innocence.

2.1.2. *Le défi de l'équilibre des pouvoirs*

Le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs qui commande celui d'indépendance de la justice repose sur l'équilibre des pouvoirs, l'acceptation de l'autorité de la chose jugée et du rôle de contre-pouvoir du juge. Il ne s'agit en rien de prôner l'empiètement du pouvoir judiciaire sur le pouvoir exécutif ou le pouvoir législatif, mais d'assurer la primauté du droit et de la constitution. C'est en cela

⁵⁰ OIF, Délégation à la paix, à la démocratie et aux droits de l'homme, *Etat des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone*, 2006, Paris, 2006, p. 11.

⁵¹ Déclaration de Bamako, 4.A.3.

⁵² F. HOURQUEBIE, « Où est le standard en matière de droits de procédure ? » in *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux*, Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, PUAM 2013.

Le juge, quelle indépendance ?

que le juge constitutionnel et les Cours suprêmes jouent un rôle essentiel dans la régulation du système démocratique.

Or la contestation de l'office du juge, qui est une des autres formes de contournement du pouvoir judiciaire, est un des indicateurs les plus marquants de la faiblesse de l'Etat de droit et du défaut de stabilité institutionnelle des Etats en transition. Cette contestation trop fréquente des décisions juridictionnelles vise principalement les cours suprêmes et les cours constitutionnelles et répond paradoxalement à l'élargissement de leurs compétences dans la plupart des Etats de l'espace francophone. Or les critiques à l'encontre des institutions judiciaires, motivées par des considérations d'ordre politique, traduisent tant une négation de l'Etat de droit, qu'un dysfonctionnement de la gouvernance démocratique qui, en remettant en cause l'autorité des juridictions, entravent le fonctionnement régulier des juridictions et plus largement des pouvoirs publics. Cette contestation atteint son paroxysme dans son effet déstabilisateur sur les institutions lorsqu'elle concerne les décisions rendues par les cours constitutionnelles en matière de contentieux des élections présidentielles⁵³, que le juge constitutionnel censure ou avalise les violations des dispositions constitutionnelles quant aux règles de dévolution du pouvoir. L'annulation en 2009 par la Cour constitutionnelle du Niger du décret de convocation du corps électoral, alors que le président de la République s'était maintenu en fonction au-delà du terme de son deuxième mandat, constitue un exemple type de ce rôle de gardien de la Constitution qu'a vocation à jouer le juge constitutionnel. Ainsi, la Cour constitutionnelle du Niger, accusée d'abus de pouvoir par le président en place pour atteinte au

⁵³ F. HOURQUEBIE et W. MASTOR, « Les Cours constitutionnelles et suprêmes étrangères et les élections présidentielles », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n° 34 2012, p. 143 et s.

droit du peuple souverain de s'exprimer librement sur le projet de constitution visant à permettre son maintien au pouvoir, a-t-elle été immédiatement dissoute et remplacée, ouvrant une crise institutionnelle grave qui n'a trouvé son épilogue un an plus tard que par un retour à l'Etat de droit conduit et assuré par la cour constitutionnelle dans sa nouvelle composition. A l'inverse en 2010 la soumission au pouvoir en place, du juge constitutionnel ivoirien invalidant les résultats de l'élection présidentielle afin de déclarer vainqueur l'ancien président, a-t-elle ouvert une crise politique et constitutionnelle d'une gravité exceptionnelle de plusieurs mois, particulièrement sanglante, qui a finalement conduit le juge constitutionnel, sous la pression d'une mission diplomatique de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest et d'un groupe de haut niveau sous l'égide des Nations unies, à revenir sur sa décision précédente et à proclamer le candidat de l'opposition vainqueur de l'élection présidentielle et à une large condamnation internationale de l'activisme politique et militant du juge constitutionnel ivoirien.

La montée de la contestation des décisions juridictionnelles dans l'espace francophone alerte sur la nécessité d'une amélioration des relations entre les pouvoirs exécutifs et les institutions judiciaires, indispensable pour assurer la stabilisation des institutions et l'équilibre des pouvoirs, lesquels passent tant par la pleine reconnaissance de l'autorité de la chose jugée que par l'acceptation du rôle de contre-pouvoir du juge, qui découle de sa mission de garant de la démocratie et de l'Etat de droit.

2.2. L'indépendance de la justice, un objectif à atteindre

La diversité des situations liées au pluralisme juridique, aux différences de niveau de modernisation politique et de

Le juge, quelle indépendance ?

développement économique existant dans l'espace francophone constitue une réalité qui invite, sans remettre en cause l'universalité du principe, à reformuler l'indépendance de la justice en tant qu'objectif et processus dont la mise en œuvre et l'effectivité ne peuvent se concevoir sans une prise en compte de la diversité des cultures juridiques et des traditions culturelles. Or, si les cas de violation du principe restent patents et les menaces internes et externes récurrentes sur l'indépendance de la justice, qu'il s'agisse des risques d'immixtion ou de pression du pouvoir politique, d'ingérence du pouvoir législatif, de pressions financières sur la justice ou d'insuffisance des garanties statutaires, disciplinaires et procédurales, des signes d'évolution sont toutefois perceptibles tant en ce qui concerne la consolidation du principe que le renforcement de ses fondements démocratiques dans l'espace francophone.

2.2.1. La consolidation de la démocratie et de l'Etat de droit

L'évolution des crises institutionnelles dans l'espace francophone africain depuis le début des années 2000 démontre que la constitution et ses révisions sont désormais au centre des enjeux de pouvoir et que le juge constitutionnel et les Cours suprêmes ont vocation à jouer un rôle essentiel dans la régulation des pouvoirs et la gestion des sorties de crise. Le coup d'Etat militaire, le putsch, n'ont plus de légitimité. Le renforcement de la culture démocratique des gouvernés et des gouvernants disqualifie ce type de bouleversement de l'ordre démocratique. Le coup d'état manqué du 17 septembre 2015 au Burkina-Faso, ayant conduit son auteur⁵⁴ à rentrer dans le rang en procédant à une autocritique publique dans laquelle il reconnaît la

⁵⁴ Le général putschiste, chef de la garde présidentielle de l'ancien président, Gilbert Diendéré contestait notamment la loi nouvelle loi électorale appliquée par le Conseil constitutionnel pour rejeter la candidature aux élections législatives et présidentielle des anciens dignitaires du régime Compaoré.

force du principe démocratique et l'autorité de la volonté du peuple souverain⁵⁵, l'illustre opportunément. Quant au coup d'Etat constitutionnel visant à procéder à une révision de la constitution en vue uniquement de maintenir au pouvoir les dirigeants ayant épuisé le nombre de mandats autorisés et/ou dépassé la limite d'âge prévus par la constitution, il est aujourd'hui lui aussi dépourvu de toute légitimité interne, régionale et internationale et n'est qu'un facteur de trouble dans la vie publique et de crise constitutionnelle dont l'issue est selon les circonstances celle d'un rétablissement de l'Etat de droit, de la mise en place d'un processus de transition démocratique ou de réconciliation nationale, auxquels il appartient aux institutions judiciaires d'apporter toute leur contribution au rétablissement de la démocratie et de l'Etat de droit, avec le soutien du peuple et des nouvelles générations d'acteurs politiques. Certes la tentation reste encore forte dans ceux des Etats dont les dirigeants sont arrivés au pouvoir par un coup d'état et qui ont épuisé les possibilités constitutionnelles de renouvellement de leur mandat, de se maintenir au pouvoir en violant ou en modifiant la constitution à leur avantage. L'exemple de l'échec d'une telle ambition au Burkina Faso, en novembre 2014, à la suite d'un soulèvement populaire qui a contraint le président sortant à fuir, mettant fin à 27 années de pouvoir, est cependant un signal fort que ne sauraient ignorer ceux des dirigeants des pays africains qui s'engagent aujourd'hui dans l'aventure d'un référendum visant à établir une nouvelle constitution leur permettant

⁵⁵ « Le putsch est terminé, on n'en parle plus », « Aujourd'hui, quand on parle de démocratie, on ne peut pas se permettre de faire des actions de ce genre »... « Nous avons su que le peuple n'était pas favorable. C'est pour ça que nous avons tout simplement abandonné » déclarait le mercredi 23 septembre 2015 à la presse le chef des putschistes au Burkina Faso, le général Gilbert Diendéré. AFP 24 septembre 2015.

Le juge, quelle indépendance ?

de demeurer au pouvoir *ad vitam aeternam*⁵⁶. L'échec de la tentative de coup d'Etat de septembre 2015 au Burkina-Faso et les violences déclenchées au Burundi à la suite du passage en force du président sortant en juillet 2015 résultant d'une élection jugée non valide par la majorité de la communauté internationale, démontrent que le procédé est dépourvu de toute légitimité en raison même de l'attachement du peuple et des nouvelles élites au respect de la constitution et du principe d'alternance, et que le processus de transition démocratique est en marche⁵⁷.

La révolte pacifique de la société civile et la médiation des organisations régionales pour installer et rétablir le processus de transition sont les éléments clefs du modèle du printemps burkinabé, qui peuvent servir de modèle et d'indicateur de l'avancée du processus de consolidation de la démocratie dans les Etats en transition en Afrique francophone. Certes, il nécessite une structuration et une mobilisation de la société civile qui évoluent à un rythme différent selon les Etats, mais le mouvement est en marche et les voix politiques, intellectuelles et religieuses⁵⁸ s'engagent au Congo-Brazzaville et ailleurs dans la voie de cette transition au nom du respect de l'ordre constitutionnel, de l'Etat de droit et de l'indépendance de la justice. Il est à cet égard significatif que les justifications données par les tenants des révisions *ad hominem* soient

⁵⁶ Au Congo-Brazzaville, en République démocratique du Congo, au Rwanda.

⁵⁷ Et cela même si au Congo-Brazzaville le président, usant de la force, a réussi à modifier la constitution par référendum afin de pouvoir rester au pouvoir jusqu'en 2031.

⁵⁸ La Conférence épiscopale du Congo souligne ainsi que « la grandeur d'une nation s'évalue par sa culture démocratique : organisation libre et transparente des élections, alternance pacifique au pouvoir, garantie des libertés fondamentales, équilibre des pouvoirs, accès libre aux médias,

celles de la modernisation institutionnelle par l'instauration d'un vrai statut de l'opposition et d'un statut pour les anciens chefs d'Etat⁵⁹. La médiation des organisations régionales dans la gestion des sorties de crise constitue, en outre, un atout majeur pour l'établissement ou le rétablissement du processus de transition, comme l'illustre la médiation des six chefs d'Etats de la Communauté économique des Etats d'Afrique de l'Ouest en septembre 2015 pour assurer la réinstallation du président de transition au Burkina Faso, saluée par le secrétaire général de l'ONU. Médiation réussie qui illustre la volonté et la capacité des Etats francophones dans le cadre des organisations régionales à agir au service de la stabilisation des institutions démocratiques dans le droit fil des principes consacrés et promus par les instances politiques et les réseaux institutionnels de la Francophonie, comme celle menée en 2010 par la CEDEAO et l'OIF pour accompagner le processus de réconciliation en Côte d'Ivoire⁶⁰.

Or, si le rôle des acteurs et des instances politiques est primordial dans la gestion des crises constitutionnelles, celui du juge constitutionnel n'en est pas moins essentiel pour en assurer le règlement ou contribuer au processus de transition. En 2009 au Niger, c'est la cour constitutionnelle qui, bien que sa composition ait été renouvelée, a permis le retour à l'Etat de droit en assurant un contrôle rigoureux de la régularité et la sincérité de l'élection dont les résultats, ayant conduit à la victoire acceptée de l'opposant au président sortant, ont mis fin à la crise institutionnelle et permis l'apaisement de

indépendance de la justice ». L.M. MBON, « Congo : L'opposition au changement de constitution se structure », *LM* 27 janvier 2015.

⁵⁹ X. MONNIER, « Le crépuscule de l'après Sassou au Congo : le crépuscule du 'cobra' ». *LM*, 15 juin 2015.

⁶⁰ D. LOPES, *La fabrique de la réconciliation : le cas de la Côte d'Ivoire*, thèse pour le doctorat en science politique, sous la direction de Jacques FAGET, Sciences Po Bordeaux - Université Montesquieu Bordeaux IV, 2013.

Le juge, quelle indépendance ?

la vie politique de ce pays. En Côte d'Ivoire en 2010 c'est la soumission de la cour constitutionnelle au pouvoir rejeté par les urnes qui a joué un rôle déclencheur d'une crise d'une extrême violence et c'est au terme d'une médiation régionale et internationale forte que la cour constitutionnelle s'est vue assigner la mission de rétablir le résultat des élections et d'accompagner le processus de réconciliation. Au Burkina-Faso, le rôle du juge constitutionnel est tout aussi essentiel dans le processus de transition, en tant que garant de l'ordre démocratique, comme il a vocation à l'être dans les pays confrontés aux difficultés de l'alternance au pouvoir et dans tout l'espace francophone.

Cela démontre la nécessité d'une consécration du principe d'indépendance de la justice allant au-delà d'une simple proclamation unanime qui ne serait qu'incantatoire, et cela à travers la consécration progressive de garanties suffisantes et tangibles permettant d'en assurer l'effectivité.

Cette exigence est tout aussi essentielle lorsqu'il s'agit de réprimer les atteintes les plus graves aux droits de l'homme et au droit international humanitaire lors des crises institutionnelles ou dans l'exercice du pouvoir, pour reconstruire un avenir commun et rebâtir une nouvelle légitimité des institutions. En cela, la lutte contre l'impunité est un enjeu essentiel des processus nationaux de réconciliation qui doit compléter les actions engagées devant la Cour pénale internationale dont la création en 1998, après les précédents des tribunaux pénaux *ad hoc* pour l'Ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, s'est faite avec le plein soutien de la Francophonie. Les Etats francophones dans les déclarations d'Hanoi (1997) et de Bamako (2000), de Saint Boniface (2006) et de Montreux (2010) ont invité le Secrétaire général de la Francophonie à faire de la justice pénale internationale un des chantiers prioritaires de l'action politique de la

Francophonie⁶¹, auquel s'ajoute aujourd'hui, avec la résurgence des crises, celui de la justice transitionnelle⁶² en lien direct avec l'action en faveur de la démocratie et des droits de l'homme. La reconstruction d'un système juridictionnel et normatif stable se révèle en effet essentielle pour accompagner les processus de réconciliation, tout comme le renforcement des capacités matérielles et humaines des institutions juridictionnelles pour les régimes en phase de transition ou de consolidation démocratique.

2.2.2. L'autonomisation progressive des institutions judiciaires

Que l'on se situe dans un contexte de réconciliation, de transition ou de consolidation démocratique, la diversité des cultures juridiques, des systèmes et des situations politiques dans l'espace francophone, conduit à retenir une vision différenciée de l'indépendance de la justice envisagée comme objectif et comme processus pensé selon une logique de transition. L'intérêt en est tout autant de faciliter l'autonomisation progressive des institutions judiciaires, que de renforcer le rôle du juge dans la définition d'un corpus minimum d'exigences inviolables permettant d'en réaliser l'objectif.

Qu'il s'agisse de rétablir ou de consolider l'institution judiciaire, l'affermissement du statut et des pouvoirs du juge nécessite une autonomisation progressive de celui-ci, permettant au pouvoir judiciaire de passer d'une situation d'interdépendance des pouvoirs à une situation d'indépendance entre les pouvoirs⁶³. C'est là tout l'enjeu, à des degrés divers, de la consolidation de la démocratie et de l'Etat de droit dans l'espace francophone. Car considérer l'indépendance de

⁶¹ OIF, *Rapport du secrétaire général de la Francophonie*, 2012.

⁶² M. BADJI, « La justice transitionnelle », *supra*.

⁶³ F. HOURQUEBIE, *Le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ, Coll. Systèmes, 2010.

Le juge, quelle indépendance ?

la justice comme un objectif, conduit à appréhender l'indépendance du juge moins comme un principe octroyé par le pouvoir politique, que comme un objectif dont la réalisation progressive appartient autant au juge lui-même, qu'au législateur ou au constituant pour la définition du corpus d'exigences minimales inviolables visant à en garantir l'effectivité. Et considérer le principe d'indépendance de la justice moins comme un principe à valeur constitutionnelle que comme un objectif à valeur constitutionnelle assigné à la justice, conduit à faire du juge l'acteur de la consolidation de son propre pouvoir, dans la mesure où c'est moins la consécration du principe au niveau constitutionnel, que la constitutionnalisation de ses exigences par le juge constitutionnel qui permet de le rendre efficient. Or, dans l'espace francophone, au delà de la consécration du principe de l'indépendance (du pouvoir judiciaire ou des juridictions), du principe d'inamovibilité et de manière moins systématique d'une instance supérieure garante de cette indépendance, la fixation des modalités d'application des exigences qui en découlent relève dans la plupart des pays de lois organiques ou de lois ordinaires, qui ouvrent la voie d'une consolidation par les juridictions constitutionnelles des garanties statutaires des magistrats, des institutions judiciaires et de celles qui les encadrent, par la définition de standards minimum qui ne peuvent qu'être renforcés par le développement d'un dialogue transnational des juges tant dans un cadre régional qu'international. Il en va de même du renforcement des droits de procédures qui est essentiel pour renforcer leur protection des droits fondamentaux, qu'il conduise à s'inspirer de la déclaration universelle des droits de l'homme ou du droit et des garanties issues, par voie prétorienne, de la convention européenne des droits de l'homme et de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Exigence qui vaut tout autant pour la justice transitionnelle que pour celle des Etats dont les

institutions démocratiques sont stabilisées depuis longtemps et dans lesquels il reste encore des progrès à faire dans la consécration de l'indépendance du juge et du rôle du pouvoir judiciaire en tant que régulateur et garant de l'équilibre des pouvoirs en vue d'une maximalisation des droits.

C'est là tout l'intérêt de la reformulation juridique du principe d'indépendance de la justice en tant qu'objectif et du renforcement de la coopération engagée par les instances et des réseaux institutionnels de la Francophonie, associant les hautes juridictions, les cours de cassation et les cours constitutionnelles de l'espace francophone, dans la construction de l'Etat de droit qui est le fondement et le soubassement essentiel des sociétés démocratiques. On ne se saurait dans cette perspective, se garder d'oublier que la revendication principale qui animait les manifestants de Budapest lors de la chute du mur de Berlin et ornait les pancartes qu'ils brandissaient, était tout comme aujourd'hui en Afrique, celle de l'Etat de droit. Etat de droit, dont le pilier fondamental est celui de l'indépendance de la justice.

Chapitre 3

L'ARBITRAGE ET LA PRIVATISATION DE LA JUSTICE

par Nguyễn Ngọc Điện,
professeur à l'Université d'économie et de droit
Ho Chi Minh ville – Vietnam

Dans une société fondée sur le droit, la défense de la justice est considérée comme une tâche raisonnablement confiée aux magistrats. Etant saisi pour apprécier des actes litigieux à la lumière de la loi, le juge est attendu pour prononcer des jugements convaincants avec compétence, avec conscience et avec impartialité. Dans les systèmes imprégnés de culture juridique romano-germanique, le magistrat est un fonctionnaire, nommé et salarié par l'Etat pour l'exercice des fonctions de juge. Dans le souci d'avoir des juges de qualité, l'autorité publique met en œuvre nombre de mesures : sélection sérieuse des candidats à la magistrature, formation systématique des personnes retenues, rémunération raisonnable du personnel de la justice...

Dans de nombreux États des USA, les juges sont choisis par voie d'élection populaire¹. Il est entendu que, dans la mesure où les fonctions de magistrats exigent des qualités professionnelles particulières, les candidats à ces fonctions doivent remplir les conditions imposées par la loi pour pouvoir se soumettre au scrutin. L'élection des juges est considérée comme une des mesures tendant à assurer l'indépendance du magistrat par rapport au pouvoir exécutif, ce qui lui permettrait *a priori* de trancher de manière impartiale les litiges entre une personne de droit public et un particulier. Dans

¹ Voir, sur ce point, <http://www.infosud.org/L-independance-des-juges-elus-en,3176>; <http://www.denistouret.net/constitalien/usa.html>

l'exercice de ces fonctions, le juge élu est en position de dire les mots venant du coeur sans subir des pressions des détenteurs du pouvoir.

De toute façon, il est indéniable que le magistrat est d'abord un homme comme les autres : il a des défauts et par conséquent peut être induit en erreur. Tout particulièrement, le juge peut se trouver en face de tentations et par suite être corrompu dans le but de lui faire rendre de manière injuste et immorale une décision favorable à l'une des parties au détriment de l'autre.

Il en découle qu'assurer l'impartialité du juge et d'une manière générale, assurer l'impartialité de la personne ayant pour fonction sociale de rendre des décisions au nom de la justice, est considéré comme une préoccupation majeure pour les autorités publiques. Cela explique les particularités de l'organisation judiciaire dans les démocraties occidentales, particularités parmi lesquelles l'on peut citer la division du procès en plusieurs étapes, l'établissement d'une chaîne de juridictions avec deux ou trois degrés, la nomination à vie des magistrats...

Parmi ces particularités, la mise en place d'un système d'arbitrage est présentée comme l'une des plus remarquables. À l'heure actuelle, l'institution de l'arbitrage est retenue dans presque tous les systèmes juridiques comme un contrepoids à la justice publique. Plus précisément, il est admis que l'existence de juges privés constitue une pression sur les juges publics pour que ces derniers soient contraints de s'observer et, à partir de là, de réfléchir sérieusement sur la manière dont ils pourraient se perfectionner au plan professionnel pour ne pas paraître inefficaces à l'égard de la société par rapport aux premiers.

En réalité, l'histoire de l'arbitrage est aussi vieille que celle de la juridiction d'Etat². L'arbitre est d'ailleurs considéré comme la personne à qui les commerçants d'autrefois confient la tâche de règlement de leur différend avant qu'ils connaissent le service juridictionnel étatique. Toutefois, le développement de cette

² V. Serge GUINCHARD, *Droit processuel*, Dalloz, 2015, p. 1417 et 1418 ; V.J. HILAIRE, « L'arbitrage dans la période moderne », in *Rev. arb.* 2000, p. 187 et s.

L'arbitrage et la privatisation de la justice

institution que constitue le juge privé n'a été accéléré qu'à l'époque contemporaine de la mondialisation caractérisée par la croissance des transactions économiques transfrontalières. Selon de nombreux auteurs, l'arbitrage pourrait être considéré comme le produit de l'amélioration de la justice sociale au service du développement économique dans le contexte de la mondialisation dans la mesure où les juridictions d'Etat ont des défauts naturels inguérissables et par conséquent ne pourraient assurer, dans tous les cas, la défense de la justice.

En effet, il est généralement admis que le juge public, qui est rémunéré par l'Etat, devrait naturellement juger en faveur de celui qui l'a salarié. Tout au moins, il ne s'oppose pas à la volonté de celui-ci. Tout particulièrement, en cas de conflits d'intérêts mettant face à face l'autorité publique et une personne privée, cette dernière risque de perdre son procès. Dans le souci de remédier à ces défauts, la France a mis en place une juridiction administrative indépendante de la juridiction judiciaire. Mais cette solution n'a pas connu de succès vraiment remarquables du point de vue de la garantie de l'indépendance du juge par rapport à l'Etat³.

Quant au fond, le juge public a souvent tendance à statuer selon les précédents approuvés par la plus haute juridiction, cela pour éviter la modification, voire la cassation de sa décision⁴. La soumission d'une juridiction donnée à une juridiction d'un degré plus élevé a conduit à la concentration du pouvoir judiciaire sur la tête

³ Il est effectivement observé que dans un certain nombre de cas, le demandeur dans un litige relevant de la compétence de la juridiction administrative se désiste au bout de certain temps et renonce à son procès. La raison en est qu'il n'a ni suffisamment d'argent, ni suffisamment de persévérance pour persister dans son action jusqu'à la fin alors que la procédure administrative est souvent trop longue et coûteuse. V, sur ce ce point, :

⁴ Dans certains pays, le juge qui a intentionnellement rendu un jugement manifestement contraire à la loi risqua d'engager sa responsabilité. Ainsi, le juge qui a faussement condamné une personne en prison risque d'y aller se trouver à sa place. Le droit vietnamien en constitue une illustration : v. le Code pénal vietnamien de 1999, art. 295.

d'un petit groupe de personnes assumant les fonctions de haut magistrat : la justice risque de se trouver entre les mains de ce petit groupe.

Par ailleurs, la lourde procédure judiciaire rend normalement longue et compliqué le traitement d'un procès. Cela crée logiquement des conditions favorables à la corruption⁵.

L'arbitrage permettrait à la justice de faire face à ces défis. Il est dit en effet que la personne privée qui n'est soumise à personne, pourrait statuer de manière impartiale. La procédure arbitrale qui se déroule en une seule instance permettrait d'ailleurs de raccourcir le traitement d'un différend à moindre coût. L'instance unique pourrait en plus éliminer le risque de création d'un système juridictionnel hiérarchisé dans laquelle le juge du premier degré subit la pression du juge de second degré dans l'exercice des ses fonctions.

Il est néanmoins avéré que malgré les avantages indéniables qu'il présente, l'arbitrage n'est pas une panacée. Surtout le contrôle de la procédure arbitrale assuré par le tribunal pourrait rendre long et coûteux le traitement d'un différend par voie arbitrale. Le système d'arbitrage lui-même a ses défauts, notamment l'absence totale de la garantie de la qualité du service rendu.

Toutefois, il est unanimement admis par la doctrine contemporaine que le développement de l'arbitrage est indispensable à la construction d'une justice sereine et efficace. Il en découle qu'une analyse scientifique de l'institution de l'arbitrage au regard de l'amélioration de la justice présente un intérêt évident.

⁵ C'est effectivement la complexité et l'allongement de la procédure judiciaire qui facilite la corruption. Même les juges élus, c'est-à-dire les juges qui ne sont pas salariés, n'y échappent pas : <http://washington.blogs.liberation.fr/2010/08/16/207-millions-de-dollars-pour-elire-les-juges-locaux/>.

1. Caractéristiques de l'arbitrage en tant que juridiction d'ordre privé

1.1. Origine contractuelle de l'arbitrage

Principe : absence de l'arbitrage forcé. La société organisée et basée sur le droit attribue le pouvoir de régler les conflits sociaux au juge. Toutes les fois qu'il y a lieu de prononcer un jugement sur un différend quelconque, la loi désigne une personne appelée magistrat pour prendre la parole au nom de l'Etat. En outre, la garantie de l'efficacité d'un jugement suppose l'intervention de la force publique pour assurer son exécution, notamment lorsque l'exécution volontaire du jugement est impossible. Par conséquent, le juge devrait logiquement faire partie de l'autorité publique, qu'il soit recruté comme fonctionnaire comme en France ou élu pour être délégué des citoyens comme dans certains États des États-Unis.

De ce qui précède et dans la mesure où l'arbitre n'est pas une personne faisant partie de la fonction publique et qu'il prend cependant la responsabilité de trancher des différends apparus dans la vie sociale, la désignation de celui-ci ne peut être le résultat d'une disposition de la loi. En d'autres termes, l'arbitrage, en tant que mode de règlement des litiges nés dans la vie sociale rendu par une personne privée, devrait être fondé sur une convention entre particuliers pour se mettre en place.

Le principe de la constitution à l'amiable du tribunal arbitral fait donc partie du noyau dur du droit de l'arbitrage. Ce principe subit néanmoins des tempéraments. Le tribunal arbitral en matière de droit du travail en constitue un exemple : il s'agit effectivement d'une institution établie par la loi et qui est chargée du règlement des conflits dans des cas prévus par la loi. De tels tempéraments n'effacent pas pourtant la nature contractuelle du recours à l'arbitrage qui constitue une des caractéristiques de ce mode de règlement de différends.

De nature contractuelle, l'arbitrage suppose impérativement un accord entre les parties pour soumettre leur différend à ce service juridictionnel. A défaut d'un tel accord et dans la mesure où la loi ne

dispose pas de manière particulière de la matière, le règlement d'un litige quelconque relève exclusivement de la compétence du tribunal judiciaire. Cela explique que l'arbitrage soit défini comme un mode alternatif de règlement de litiges mis en place sur la base d'une convention et dans les conditions prévues par la loi.

Nature juridique de l'obligation de constituer le tribunal arbitral. Étant d'origine contractuelle, la constitution du tribunal arbitral doit logiquement résulter d'actes volontaires accomplis par les parties intéressées dans le cadre de l'exécution de leurs obligations contractuelles nées d'une convention d'arbitrage. Et pourtant, nous devons nous demander si, dans le cas particulier où une des parties n'accepte pas de participer à la constitution du tribunal arbitral, l'exécution forcée de cette obligation en nature serait possible. En d'autres termes, la question est de savoir si le tribunal arbitral peut être constitué même en cas de défaillance d'une partie à la convention d'arbitrage.

Au plan du droit des obligations, l'engagement de constituer le tribunal arbitral est une obligation de faire et donc en principe se résoud en dommages-intérêts en cas d'inexécution. Mais, le droit commun des obligations retient aussi que, dans les hypothèses où l'obligation ne s'attache pas à la personne du débiteur, l'exécution forcée en nature pourrait être admise. Tout particulièrement, il y des cas dans lesquels, face à un débiteur qui n'accepte pas d'exécuter son obligation, le créancier peut la faire remplir par un tiers aux frais du débiteur défaillant.

L'obligation de constituer le tribunal arbitral se trouve parmi les obligations de faire. Il est donc admis que, lorsqu'une partie au litige refuse de désigner un arbitre ou reste inactive devant la mise en demeure à lui faite par l'autre partie, cette dernière peut saisir soit le centre d'arbitrage, soit le tribunal pour la désignation d'un arbitre par substitution⁶.

⁶ Voir, sur ce point le Code de procédure civile français (CCP), art. 1452 ; en droit vietnamien : loi sur l'arbitrage commercial, art. 41. Normalement, dans le cas où le défendeur demeure inactif dans la désignation de son arbitre

1.2. La compétence de l'arbitre

Compétence limitée. À la différence du magistrat public, l'arbitre ne peut être saisi dans tous les cas où il y a une crise ou un conflit dans la vie sociale. Ce qui est certain, c'est que l'arbitre ne joue aucun rôle en matière pénale : il est effectivement absurde d'autoriser les intéressés dans une affaire pénale à soumettre le procès aux arbitres par eux désignés. Il est aussi incompetent pour les litiges entre les sujets de droit public d'un même pays comme pour les litiges entre une personne morale de droit public et un particulier : dans presque tous les systèmes juridiques, ces conflits relèvent de la compétence de la juridiction administrative.

En revanche, tous les systèmes retiennent la compétence de l'arbitre en matière commerciale. C'est d'ailleurs le premier domaine dans lequel le service arbitral est mis en place en tant que moyen de règlement de différends⁷. Le service arbitral présente des avantages particulièrement indéniables dans le règlement de conflits dans le commerce international: flexibilité du choix de la loi applicable, simplicité et célérité de la procédure...

Lorsque les frontières font obstacle à la communication entre les pays de sorte que le règlement d'un litige international pourrait se

selon la convention entre les parties et que la convention prévoit le règlement du litige est confié à un centre d'arbitrage déterminé, le demandeur peut demander au centre de désigner un arbitre pour le défendeur. Au cas où le différend est soumis, selon la convention entre les parties, à l'arbitrage ad hoc, c'est-à-dire, à des arbitres qui ne sont pas attachés à un centre d'arbitrage, la partie la plus diligente peut saisir le tribunal pour la désignation d'un arbitre lorsque l'autre partie refuse d'effectuer cette désignation.

⁷ Serge GUINCHARD, *op. cit.*, p. 1418 : « Le monde des affaires, qui est aussi le lieu des échanges, constitue un espace peu favorable aux développements de la dispute. Le litige est considéré comme un évènement qui entrave le bon déroulement des transactions. S'il en survient un, il faut donc le régler, au plus vite et discrètement, sdi possible avec un sens du Juste et de l'Équité que partagent l'ensemble des opérateurs directement ou indirectement intéressés par l'issue du litige ».

trouver en difficulté. L'accord de soumettre un tel litige à un arbitre neutre permettrait aux Etats concernés de sortir de l'impasse. C'est à cet objectif la Cour permanente d'arbitrage (PCA - Permanent Court of Arbitration) a été créée en 1899 par l'effet d'un accord dont les signataires sont à l'heure actuelle au nombre de plus de 100. Le maintien de cette institution à travers les incidents, sauf à s'endormir pendant la seconde guerre mondiale, affirme son utilité en matière de résolution des litiges nés dans la vie publique internationale⁸.

La question de la compétence de l'arbitre devient délicate lorsqu'elle se pose dans le domaine du droit civil. Traditionnellement, l'arbitrage est incompétent pour les questions relatives à la personne (état civil, divorce,...). Par contre, on pourrait être curieux de se demander pourquoi les systèmes sont allergiques à l'idée de trancher des litiges relatifs au contrat civil par voie d'arbitrage. Au point de vue pratique d'ailleurs, il paraît que l'arbitrage n'est pas un mode de règlement de litige préférable au regard des parties au contrat civil. Cela n'implique pourtant pas qu'il soit inutile de réfléchir sur la possibilité d'étendre le champ d'application de ce mode de règlement au domaine civil, sauf à effectuer des éventuelles adaptations⁹.

⁸ Le procès en cours qui met le Phillipine en face de la Chine et qui porte sur une dispute de souveraineté sur certaines îles dans la Mer de l'Est en constitue une illustration.

⁹ À l'époque contemporaine, il existe une vive tendance à permettre à l'arbitrage d'intervenir dans les litiges nés d'un contrat de consommation. Cette intervention est pourtant soumise à des conditions strictes. Le droit français, par exemple, précise que il est interdit de prévoir le recours à l'arbitrage par une clause compromissoire faisant partie d'un contrat de consommation (art. 2061 du Code civil). Par contre, les parties sont libres de convenir de soumettre à l'arbitrage leur litige déjà né par un compromis. Le droit vietnamien, pour sa part, adopte une solution un peu plus souple. En principe, les parties au contrat de consommation peuvent choisir l'arbitrage pour le règlement de leur litige. À titre d'exception, lorsque la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire insérée dans un contrat d'adhésion, le consommateur dispose d'un droit de rétracter cette clause (loi sur l'arbitrage commercial art. 17).

L'arbitrage et la privatisation de la justice

Principe compétence-compétence. Au plan théorique, il est généralement admis que personne ne peut apprécier ses propres pouvoirs. Il en découle qu'en cas de contestation sur la validité d'une convention d'arbitrage, notamment sur la compétence de l'arbitre définie dans une telle convention, il conviendrait de saisir le tribunal et non un centre d'arbitrage.

Cependant, si on devait soumettre l'appréciation de la validité d'une convention d'arbitrage au juge, on risquerait de faire des choses contraires à la poursuite de l'objectif de construire un système de règlement des conflits efficace, rapide et au coût raisonnable.

Aussi bien, la tendance générale consiste à reconnaître à l'arbitre le pouvoir de statuer sur sa propre compétence. En d'autres termes, il appartient au tribunal arbitral, une fois saisi, d'examiner la convention d'arbitrage concernée à la lumière de la loi pour savoir si cette convention constitue le fondement solide de ses fonctions. L'arbitre ne commence à statuer sur le fond du différend qui lui est soumis que lorsqu'il s'assure de la validité de la convention dont il s'agit.

Il en découle qu'en présence d'une convention d'arbitrage valable, le juge public saisi pour trancher le litige doit se déclarer incompétent. Cette solution est généralement admise¹⁰. Elle n'implique pas la prévalence de l'arbitrage sur la juridiction étatique. Simplement, dans la mesure où l'arbitrage résulte d'une convention, le fait pour une partie de saisir le tribunal judiciaire implique qu'elle ne respecte pas son propre engagement: si le tribunal judiciaire acceptait de statuer, il permettrait à des particuliers de faire des choses contraires à leur volonté contractuelle exprimée dans des conditions normales, ce qui contredit les principes fondamentaux du droit des contrats.

Toutefois, il y a des cas dans lesquels, la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable alors que le tribunal judiciaire est saisi et que le tribunal arbitral n'a pas encore été constitué pour se prononcer sur le sort de la convention dont il s'agit. Si on persistait

¹⁰ V. par exemple, en droit français: Code de procédure civile, art. 1448 ; en droit vietnamien: loi sur l'arbitrage commercial, art. 6.

dans l'interdiction de statuer au détriment du tribunal judiciaire en ces cas, on risquerait de voir que la procédure arbitrale se déroulerait pour se terminer inévitablement par un jugement prononcé par le tribunal judiciaire d'annulation de la sentence arbitrale. Le coût social s'augmenterait de cela de manière déraisonnable.

Ainsi, il est généralement retenu que face à une convention d'arbitrage manifestement nulle ou inapplicable, le tribunal judiciaire saisi pour trancher le litige doit statuer¹¹. Encore faut-il toutefois que le tribunal arbitral n'a pas encore été constitué, ainsi qu'il est précisé.

Reste à savoir comment faire pour établir les critères de qualification de convention d'arbitrage manifestement nulle ou inapplicable. Sur cette question, il paraît que les systèmes juridiques sont en cours d'amélioration¹². Il est pourtant d'usage que lorsque le

¹¹ V. par ex, en droit français : CCP art. 1448. Le droit vietnamien retient cependant que cette solution ne s'applique qu'en cas d'inapplicabilité de la convention d'arbitrage: Résolution n. 01 de l'Assemblée Plénière de la Cour suprême en date du 20 mars 2014, art. 2 a. 1er. Ainsi, même lorsque la convention d'arbitrage est manifestement nulle et que le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, le tribunal judiciaire ne peut pas statuer.

¹² Il y a des cas dans lesquels la convention d'arbitrage est manifestement nulle, de sorte que le tribunal peut connaître du litige sans souci. Ainsi, par exemple, le tribunal est saisi alors que le litige soumis à l'arbitrage par la convention ne relève point de la compétence de l'arbitrage. De même, la convention qui prévoit le recours à un centre d'arbitrage inexistant est absolument inapplicable. En droit vietnamien les cas d'inapplicabilité de la convention sont limitativement énumérés par l'art. 4 de la résolution précitée de l'Assemblée plénière de la Cour suprême et qui sont les suivants. "1. Les parties sont convenues de confier le règlement du litige à un centre d'arbitrage déterminé; mais, ce centre a cessé le fonctionnement alors que ses engagements ne sont pas transférés à un autre centre et que les parties ne parviennent pas à un autre accord sur la désignation d'un autre centre pour le règlement de leur litige. // 2. Les parties ont été d'accord pour choisir l'arbitrage ad hoc comme mode de règlement du litige; mais au moment de la naissance du litige, l'arbitre ad hoc désigné ne peut assumer sa fonction pour cause de force majeure, ou bien le centre d'arbitrage ou le tribunal ne peut trouver un arbitre ad hoc conforme à la convention des parties alors que les parties ne parviennent pas à un autre accord sur la désignation d'un autre arbitre. // 3. Les parties ont été d'accord sur le choix d'un arbitre ad hoc;

L'arbitrage et la privatisation de la justice

fondement de l'annulation d'une convention d'arbitrage n'est pas solide et que le tribunal arbitral déjà constitué ne se prononce pas encore sur sa propre compétence, le juge n'accepte pas de trancher le litige qui lui est soumis.

Dans le cas particulier où le tribunal arbitral est constitué et saisi malgré son incompétence ou la nullité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, le tribunal judiciaire doit tout de même se mettre à part. Dans certains systèmes il est retenu que seulement lorsqu'une des parties conteste cette situation irrégulière devant le tribunal judiciaire, il doit statuer, mais sur la compétence du tribunal arbitral dans le cas d'espèce, non sur le différend entre les parties¹³.

1.3. L'arbitrage et le procès équitable

Le principe du procès équitable en matière de juridiction étatique. Ainsi qu'il est ci-dessus énoncé, dans la société organisée et basée sur le droit, la juridiction étatique est considérée comme le représentant de la justice et investi du pouvoir de juger au nom de la justice. Aussi bien, pour pouvoir statuer de manière sérieuse, il est nécessaire que le juge soit en mesure d'entendre raisonnablement les parties intéressées. Il en découle qu'il existe une exigence en matière procédurale selon laquelle, le droit d'être entendu doit être reconnu aux parties au litige et respecté par tout le monde. Se traduisant par le droit de la défense, ce droit est retenu formellement dans les systèmes, tout particulièrement dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Etant partie de l'Etat, le système de juridiction étatique doit observer cette règle. Par contre, il paraît que l'arbitrage y échapperait

mais au moment de la naissance du litige, l'arbitre désigné renonce à sa fonction ou le centre d'arbitrage refuse de désigner l'arbitre choisi par les parties alors que les parties ne parviennent pas à un autre accord sur la désignation d'un autre arbitre.

¹³ V., par exemple, en droit vietnamien: loi sur l'arbitrage commercial art. 44. Le droit français décide au contraire que "le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel" (CCP art. 1465).

puisque ce mode de règlement de litige résulte d'un accord entre les parties et en conséquence se déroulerait à la lumière du principe de la liberté contractuelle. D'ailleurs, l'option pour les parties de soumettre leur litige à l'arbitrage implique généralement qu'elle renonce aux garanties offertes par les juridictions étatiques¹⁴.

Tempéraments au principe. En tout état de cause, renoncer à la garantie offerte par la juridiction étatique n'implique point nécessairement renoncer à l'application du principe du procès équitable. Ce principe a effectivement des liens étroits avec l'ordre public ainsi qu'avec l'exigence de respect des droits de l'homme. La liberté contractuelle ne saurait contredire ce qui est impératif et qui s'impose sur l'ensemble de la société organisée comme règle de base.

Ainsi, généralement dans les systèmes, il est admis que la sentence arbitrale est soumise en cas de besoin au contrôle du juge étatique. Ce contrôle ne peut être mis en oeuvre à l'initiative du juge: il suppose effectivement la saisine du tribunal par une personne intéressée. Toutefois, une fois saisi, le juge est chargé comme il est investi du pouvoir d'apprécier la sentence en qualité de gardien de l'ordre public. En d'autres termes, le juge ne s'immisce pas dans le procès arbitral comme un surveillant; mais il peut intervenir dans le cadre de l'exequatur ou d'un procès d'annulation d'une sentence arbitrale et, à cette occasion, de vérifier le respect du principe de procès équitable par les arbitres ainsi que toutes les personnes intéressées lors du déroulement du procès d'arbitrage.

1.4. Qualité de l'arbitrage

Observation préalable : une juridiction extraordinaire. L'attractivité de l'arbitrage ne tient pas en pratique à la qualité de la sentence eu égard de l'application de la loi. A vrai dire, l'arbitre n'est pas souvent beaucoup apprécié par rapport au juge étatique au plan de la connaissance scientifique comme la capacité d'analyse des règles de

¹⁴ Serge GUINCHARD, *op. cit.*, p. 1420.

L'arbitrage et la privatisation de la justice

droit¹⁵. Toutefois, la qualité d'un jugement n'est pas forcément liée à qualité scientifique de la solution retenue. Ce qui est essentiel au point de vue de l'assurance de la paix sociale, c'est que le jugement donne satisfaction à toutes les parties. Il s'agit de la satisfaction retenue au sens de l'équité: un intérêt est digne de protection lorsqu'il est légitime. Ce critère est particulièrement souligné en matière de litige commercial: pour les commerçants, un jugement ayant un caractère de conciliation des intérêts est en cause est mieux qu'un jugement conforme à la loi mais qui crée des mécontentements. Aussi bien, lorsqu'il paraît que l'application de la loi ne peut donner satisfaction aux parties, il est admis que les parties peuvent convenir avec l'arbitre de ce que celui-ci peut statuer en amiables compositeurs¹⁶.

A part cette particularité, l'arbitrage est considéré comme une juridiction extraordinaire pour ses propres caractères. Il s'agit de l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, la célérité du service, la loyauté et l'équité.

L'indépendance et l'impartialité. L'indépendant et l'impartial signifient surtout le neutre, notamment à l'égard des parties intéressées. Une des mesures de garantie de l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre a un caractère préventif: il s'agit de l'observation du principe de l'objectivisme dans constitution du

¹⁵ Dans la plupart des systèmes, l'arbitre n'a pas à être titulaire d'un diplôme universitaire de droit. Em pratique, il est d'usage qu'un avocat ou un commerçant prend les fonctions d'arbitre; mais il n'est pas nié que l'arbitre se trouve généralement à un niveau moins élevé que le magistrat pour ce qui concerne la compétence en matière d'analyse des règles de droit.

¹⁶ Dans certains systèmes, il est admis que la convention d'arbitrage peut comporter une clause selon laquelle, le tribunal arbitral statue en amiables compositeurs (V. par ex, le CPC français, art. 1478). Normalement, en ce cas, l'arbitre est habilité à statuer en équité, en écartant les règles du droit, mais sans cependant méconnaître les dispositions d'ordre public: J-B Blaise, *Droit des affaires – Commerçant. Concurrence. Distribution*, L.G.D.J, 2011, p. 190.

Cette solution n'est pas retenue en droit vietnamien.

tribunal arbitral. Il est bien entendu que les parties au litige peuvent librement convenir de la manière dont le tribunal arbitral est constitué; mais, à défaut d'accord, la loi intervient: la plupart du temps, elle édicte que chaque partie désigne un arbitre et que les deux arbitres ainsi désignés se mettent d'accord pour la désignation d'un 3^e arbitre pour compléter la composition du tribunal arbitral. Une telle solution permettrait d'assurer l'équilibre dans la constitution du tribunal arbitral, non seulement entre les parties mais encore à l'égard des arbitres par elles désignés.

Une autre mesure ayant aussi un caractère préventif consiste à reconnaître à l'arbitre le droit de renoncer à ses fonctions lorsqu'il existe des éléments susceptibles d'affecter négativement son indépendance et son impartialité¹⁷.

Enfin, il y a des cas dans lesquels une sentence arbitrale est critiquée devant le tribunal du fait qu'elle soit prononcée par les arbitres qui ne sont pas neutres. Le manquement d'indépendance et d'impartialité pourrait être retenu comme cause d'annulation de la sentence arbitrale critiquée.

La célérité. La célérité est une des caractéristiques les plus remarquables de l'arbitrage. Elle est aussi un des points forts de l'arbitrage par rapport à la juridiction étatique. La plupart du temps, les parties souhaitent que leur différend soit réglé au plus vite possible. Il est donc d'usage que les conventions d'arbitrage fixent un délai à l'intérieur duquel les arbitres sont tenus de rendre leur sentence¹⁸. De plus, la procédure arbitrale comporte normalement plusieurs étapes. Les centres d'arbitrage veillent pratiquement à fixer les délais pour l'accomplissement des étapes dans leurs règlements procéduraux. Les parties peuvent aussi convenir avec le tribunal arbitral des délais. À défaut, la loi intervient à titre supplétif. En tout

¹⁷ V., par ex, le CCP français, art. 1456 et 1457. En droit vietnamien, la démission de l'arbitre pour cause d'existence d'éléments susceptibles d'affecter son indépendance et son impartialité est retenue plutôt comme une obligation qu'un droit: loi sur l'arbitrage commercial, art. 42 al. 1^{er}.

¹⁸ Serge GUINCHARD, *op. cit.*, p. 1448.

L'arbitrage et la privatisation de la justice

cas, l'arbitre qui ne remplit pas ses fonctions et surtout qui ne rend pas de sentence dans le délai conventionnellement, institutionnellement ou légalement fixé sans motif légitime risque d'engager sa responsabilité.

L'équité. L'acceptation technique de l'équité pourrait être très subtile. En effet, il est retenu que l'équité est un élément de qualité caractéristique de la justice. Pourtant, il ne s'agit pas nécessairement de la qualité du jugement, puisque, théoriquement, la loi elle-même, comme fondement d'une décision de justice, n'est pas toujours équitable.

Dans le contexte conflictuel, l'équité se traduit tout d'abord en principe de l'égalité de traitement. En matière d'arbitrage, ce principe doit être observé dès la constitution du tribunal arbitral : les parties ont effectivement le pouvoir de choisir les arbitres. Il est aussi respecté dans le déroulement de la procédure arbitrale: les parties au procès doit être traité sur un pied d'égalité. Tout particulièrement, au point de vue de la preuve, les deux parties au procès arbitral sont tenues de la même obligation: chaque partie doit rapporter la preuve de ce qu'elle prétend.

L'équité se traduit en matière d'arbitrage par les règles qui exigent que le tribunal arbitral doive obtenir l'accord des parties pour faire certains actes procéduraux. Ainsi, par exemple, dans le cadre de la vérification des faits liés au procès, l'arbitre ne peut tenir une audition avec une partie qu'en présence de l'autre partie¹⁹.

Il existe néanmoins un défi au principe de l'équité en matière d'arbitrage. Il s'agit de la question de savoir s'il est ou non nécessaire de mentionner dans la sentence la motivation de la décision. Selon certains auteurs, il serait difficile d'apprécier un jugement au plan de l'indépendance et de l'impartialité, si les motifs de la décision ne sont pas évoqués de manière limpide. Aussi, il y a des systèmes qui retiennent que la motivation d'une décision de justice fait partie de l'ordre public et que la mention de la motivation dans le texte du

¹⁹ En droit vietnamien: loi sur l'arbitrage commercial art.45.

jugement est une règle impérative qui ne peut être écartée en aucun cas. Le droit français en constitue un exemple.

Cependant, il y a aussi des législations qui s'inspirent du libéralisme en la matière et qui admettent par voie de conséquence que les parties peuvent convenir avec l'arbitre de ce que la sentence arbitrale ne comporte pas la présentation des motifs. Le droit vietnamien se trouve parmi ces législations²⁰. Il en découle qu'en présence d'une convention d'arbitrage qui prévoit la dispense de motivation, la sentence arbitrale ne peut être annulée par le tribunal judiciaire pour absence de motifs²¹.

La loyauté. La loyauté est une des exigences imposées par la loi à l'arbitrage. En réalité, cette exigence est aussi retenue sur le terrain de la juridiction étatique; mais elle présente des originalités en matière d'arbitrage.

Aussi bien, il est précisé dans les systèmes que lorsqu'une partie connaît une irrégularité quelconque qu'elle ne conteste pas et par suite poursuit le procès, elle perd le droit d'évoquer cette irrégularité ultérieurement devant toute juridiction dans le cadre de la résolution du même litige²². Si cette règle est placée dans le sillage du principe de loyauté, c'est parce qu'il n'est pas raisonnable qu'une partie garde en réserve un moyen d'entraver l'efficacité de l'arbitrage pour l'utiliser au moment à elle convenable.

De plus, il est dit en doctrine et admis en jurisprudence que la règle de l'estoppel est aussi consacrée dans le domaine de l'arbitrage.

²⁰ L'article 61 de la loi sur l'arbitrage commercial précise qu'avec l'accord des parties, le tribunal arbitral peut ne pas mentionner les motivations dans la sentence par lui prononcée.

²¹ En revanche, lorsqu'il y a lieu de procéder à l'exécution d'une sentence non motivée dans un pays où la motivation de la sentence est obligatoire, le juge du pays concerné peut refuser de donner suite favorable à la demande d'exécution de la sentence pour motif de violation de l'ordre public national.

²² Voir, par ex, la loi sur l'arbitrage vietnamienne, art. 13 ; le Code de procédure civile français, art. 1466 : « la partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputé avoir renoncé à s'en prévaloir ».

L'arbitrage et la privatisation de la justice

Selon cette règle, il est interdit à un plaideur d'adopter une argumentation en contradiction avec une argumentation précédente. Ainsi, une demande formulée devant le tribunal est jugée mal fondée du fait que le demandeur, après avoir admis la validité de la convention d'arbitrage, sollicite l'annulation de la sentence à raison d'un défaut de convention d'arbitrage²³.

À souligner toutefois que la loyauté n'empêche point les parties de persister dans le recours à l'arbitrage pour le traitement du même litige, après l'annulation de la sentence arbitrale, pourvu que le litige relève de la compétence de l'arbitrage.

2. L'arbitrage et l'Etat

2.1. Le juge étatique considéré comme appui à l'arbitre

Justification de l'appui du juge. Étant créé en vue de se mettre au service de la société en tant que juridiction privée prééminente par rapport à la juridiction étatique à plusieurs points de vue, l'arbitrage ne se lance point dans la concurrence éliminatoire avec la juridiction étatique. Tout au contraire, les deux types de juridictions sont complémentaires. De plus, du fait de sa position et ses avantages dans les rapports avec l'arbitre au point de vue de la détention du pouvoir public, le juge est tenu d'agir comme un supporteur de celui-ci dans l'assurance de l'efficacité du service rendu à la société.

À rappeler que l'option pour l'arbitrage implique renonciation des parties au service offert par la juridiction étatique. Il en découle que l'appui du juge étatique à l'arbitrage doit être subordonné à une double condition: d'une part, il y a consentement d'une partie au moins à recourir à l'intervention du juge; d'autre part, toutes autres mesures basées sur le service d'arbitrage pour régler la difficulté ont été pratiquées mais sans succès. En d'autres termes, l'intervention du

²³ Civ. 1re, 6 juillet 2005, P.n. 01-15.912, *Bull.* n° 302. *Rev.arb.* 2005.993, note Ph. PINSOLLE.

juge dans le règlement du différend doit, en présence d'une convention d'arbitrage, prendre le caractère subsidiaire²⁴.

Mesures d'appui. Les mesures d'appui sont concevables aussi bien dans la phase de constitution du tribunal arbitral que lors de l'exécution de la sentence. Le principe de l'indépendance de l'arbitrage ne permet pas au juge de s'immiscer dans le déroulement de la procédure arbitrale à sa propre initiative. Par contre, rien n'interdit au juge de prêter la main à l'arbitre à la demande de ce dernier en cas de difficulté dans le traitement du litige.

Dans la constitution du tribunal arbitral, il n'est pas rare que les volontés des parties ne se rencontrent pas. Tout particulièrement, au cas de constitution du tribunal arbitral ad hoc, il peut arriver qu'une des parties refuse de désigner un arbitre pour sa part: à défaut de centre d'arbitrage désigné initialement comme personne chargée de la constitution du tribunal arbitral, le juge doit intervenir à la demande de la partie la plus diligente pour la désignation judiciaire de l'arbitre.

Dans le cadre du déroulement du procès, il est éventuellement nécessaire de recueillir des documents ou de procéder à la saisie conservatoire. Dans la mesure où l'arbitre est une personne privée et par conséquent ne peut ordonner des mesures nécessaires, le recours au juge est indispensable dans le cas où les personnes concernées ne sont pas coopératives. Ainsi, à la demande du tribunal arbitral, le tribunal judiciaire peut convoquer un témoin, ordonner l'interdiction de céder ou la consignation,...

Concernant l'exécution de la sentence, l'appui du juge est constaté dans les systèmes qui ne reconnaissent pas la force exécutoire à la sentence arbitrale de sorte qu'à défaut d'exécution volontaire de la sentence il convient de saisir le tribunal pour l'exécution forcée.

2.2. Le pouvoir de supervision du tribunal sur l'arbitrage

²⁴ P. CHEVALLIER, « Le nouveau juge d'appui », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2011, p. 143.

L'arbitrage et la privatisation de la justice

Fondement. On ne peut nier qu'en fin de compte, c'est l'Etat qui est le premier responsable de l'assurance de la sûreté sociale. L'admission de l'arbitrage implique le respect de la liberté contractuelle dans la vie civile; elle permettrait d'ailleurs à la juridiction étatique de partager le fardeau de service avec le juge privé ainsi qu'elle crée une sorte de pression sur la juridiction étatique qui est contrainte de ce fait à s'améliorer. Pourtant, c'est l'Etat, par l'intermédiaire du système de juridiction par lui créé, qui doit prendre la responsabilité de l'ultime garantie de la justice sociale.

Il en découle que le fonctionnement de l'arbitrage doit se faire sous la surveillance du juge en tant que gardien de la justice. L'admission de l'indépendance de l'arbitre n'empêche pas la mise en place de cette surveillance. Il ne faut pourtant pas perdre de vue qu'à l'égard du tribunal arbitral, le tribunal judiciaire ne constitue pas une juridiction plus élevée, ce dernier ne saurait effectuer la surveillance sur la sentence arbitrale ni pour les questions de fond ni pour les questions de droit. Selon la doctrine, l'intervention du tribunal judiciaire n'est raisonnable que dans les trois cas suivants: ou bien le tribunal arbitral se déclare incompétent ou annule la convention d'arbitrage ou au contraire, se déclare compétent et déclenche la procédure arbitrale malgré l'absence, la nullité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, ce qui est contesté par une des parties; ou bien la sentence arbitrale rendue est critiquée par une des parties.

Surveillance lors de la constitution du tribunal arbitral. Lorsque le tribunal arbitral se déclare incompétent ou éteindre l'instance pour motif de nullité ou d'inexistence de la convention d'arbitrage, il est possible pour une des parties ou les deux parties de saisir le tribunal judiciaire pour réviser la décision du tribunal arbitral. La décision prise par le tribunal doit être respectée par les arbitres. Ainsi, par exemple, si le tribunal judiciaire prononce que la convention d'arbitrage est valable, le tribunal arbitral ne doit pas refuser de statuer sauf à engager sa responsabilité.

Surveillance pendant le déroulement de la procédure arbitrale. L'hypothèse est que malgré la nullité ou l'inapplicabilité de la convention le tribunal arbitral est tout de même constitué et saisi et qu'une des parties saisit le tribunal judiciaire pour le contrôle de régularité de cette instance. Dans certains droits, il est retenu que si le tribunal judiciaire estime que l'instance arbitrale est irrégulière et prend une décision dans ce sens, le tribunal arbitral doit prononcer son extinction et par suite se dissoudre²⁵.

Surveillance après la prise de la sentence (surveillance a posteriori). La surveillance a posteriori de l'arbitrage prend deux formes: exequatur et annulation de la sentence.

S'agissant de l'*exequatur*, la sentence arbitrale est retenue comme un jugement rendu par une personne privée et par conséquent ne pouvant avoir la force exécutoire²⁶. Aussi bien, dans l'hypothèse où une des parties accepte pas de l'exécuter volontairement, l'autre ne peut que saisir le tribunal judiciaire pour obtenir l'exécution forcée.

La partie à qui la sentence arbitrale est défavorable, quant à elle, a la possibilité de saisir le juge pour l'annulation de la sentence.

Certains systèmes retiennent les deux formes. Le droit français en constitue un exemple. À souligner qu'il soit à titre d'exequatur ou de traitement de la demande d'annulation de la sentence arbitrale, la tâche du juge est techniquement la même. L'idée directrice est que le tribunal judiciaire ne s'occupe pas de la censure de la sentence en se référant aux critères de fond. Il s'agit seulement de savoir si le fondement juridique de la sentence arbitrale (compétence de l'arbitre, validité de la convention d'arbitrage) est solide, les actes faits dans le cadre de la procédure arbitrale se conforment à la loi et surtout l'ordre public est bien observé.

²⁵ En droit vietnamien: loi sur l'arbitrage commercial art. 44 al. 6.

²⁶ V. *op. cit.*, p. 191. L'argument n'est pourtant pas convaincant: le notaire français est aussi une personne privée; toutefois, étant délégué de la puissance publique, il est habilité à rédiger des actes ayant la force exécutoire. V, par ex, H. L. et F. MAZEAUD, *Leçons du droit civil*, T. V. *Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, p.

L'arbitrage et la privatisation de la justice

La différence entre les deux mécanismes se trouve seulement sur deux points. Premièrement, il s'agit de la situation du demandeur. Dans le cas d'exequatur, le demandeur est la partie bénéficiaire de la sentence alors que s'agissant de la demande d'annulation de la sentence, c'est plutôt la partie ayant succombé au procès arbitral qui saisit le tribunal comme le dernière tentative de sauver son affaire.

Deuxièmement, les critères d'appréciation sont définis de manière différente selon les cas. S'agissant de l'exequatur, le juge est logiquement en position d'examiner la sentence arbitrale qui lui est soumise à la lumière des critères établis par la loi. Par contre, lorsqu'il est saisi pour traiter une demande en annulation d'une sentence arbitrale il devrait logiquement se confiner à rechercher si la demande est bien fondée, c'est-à-dire si les motifs évoqués par le demandeur sont recevables. Il n'est pas exclu qu'une sentence annulable pour certains motifs n'est pas annulée en fin de compte du seul fait que le demandeur n'a pas révoqué justement les motifs nécessaires à cette annulation.

Une exception à ce principe est pourtant retenue dans presque tous les droits: il s'agit de l'évocation du respect de l'ordre public. Plus précisément, le tribunal saisi est compétent, ainsi qu'il est tenu par la loi, de vérifier à sa propre initiative pour savoir si la sentence critiquée observe ou non les règles d'ordre public imposées par la loi nationale. En d'autres termes, le juge d'Etat, une fois saisi, est chargé indépendamment de la volonté des parties, de s'assurer que la sentence critiquée, éventuellement pour d'autres motifs, ne soit pas contraire à l'ordre public national. Cette solution est parfaitement conforme aux fonctions de gardien de l'ordre public attribuées au juge dans tous les pays de démocratie.

Chapitre 4

LA PROCEDURE DE DESTITUTION PRESIDENTIELLE, LE PACTE DE RESPONSABILITE ET LA HAUTE COUR CONSTITUTIONNELLE. REFLEXIONS SUR LE PARADOXE DEMOCRATIQUE A MADAGASCAR

**par Rajaona Andrianaivo Ravelona,
chargé de cours à l'Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence**

**et Laurent Sermet,
professeur à l'Université catholique de Madagascar
et à l'Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence**

Les crises politiques connaissent-elles un répit à Madagascar ? Du point de vue de la « rue malgache », en tout cas la rue tananarivienne, une double conviction populaire se fait pressante : le laps de temps qui sépare les crises se rétrécit et les crises prennent une gravité toujours plus accentuée. La crise est interminable¹. Alors que le pays regorge de ressources naturelles, que les Malgaches (certains d'entre eux) font de longues études, la problématique semble se concentrer sur l'impossible gouvernance politique du pays. Et la peur de ne pas pouvoir faire émerger une solution, même minimale, domine. Traiter en cours, avec les étudiants de l'Université catholique de Madagascar, de la crise constitutionnelle de la destitution présidentielle des mois de mai et juin 2015, ne fut pas chose aisée, tant leur propre impuissance à ré-enchaîner un cercle vertueux semble flagrante. Cette impuissance s'est traduite, à nos yeux, par leurs choix académiques.

¹ Il s'agit d'ailleurs titre d'un livre, celui de Toavina Ralambomahay publié aux éditions L'Harmattan, Paris, en 2011.

Laissés à escient libres de déterminer leur sujet d'examen dans le cadre des questions posées lors d'un cours sur les enjeux contemporains de la gouvernance politique, présenté sous forme d'étude de cas (Inde, La Crimée, Hong-Kong, Madagascar)², les étudiants -à l'exception de deux d'entre eux- firent le choix de ne pas traiter ce qui avait un des points essentiels du cours et qui était de surcroît brûlant : la procédure de destitution présidentielle. Un premier sujet se détermina en faveur de la décision constitutionnelle de la Haute cour constitutionnelle du 12 juin 2015, relative à la procédure de destitution présidentielle, rendue quelques jours après la fin du cours et le second envisagea l'institution de la Haute cour de justice malgache³.

Nourri des discussions académiques, il nous sembla opportun de livrer un aperçu des réflexions qui avaient dominé les échanges étudiantins. Ce fut dans le cadre d'un article pour la presse malgache⁴. Evidemment la situation étant tellement confuse, quelle

² Le programme du cours de « Droit international du développement », de mai-juin 2015, était composé de trois leçons principales : *Leçon I - Introduction au développement dans les résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies. Leçon II - Droit et politique des pays émergents : étude de cas.* 1° La Russie : le conflit territorial avec l'Ukraine. 2° L'Inde devant la Cour internationale de justice et le manquement à l'obligation de désarmement nucléaire. 3° La République populaire de Chine : les institutions démocratiques de Hong-Kong en suspens. *Leçon III - Actualité du développement constitutionnel malgache : avis de la HCC et réformes politique.*

³ Les autres sujets portèrent, notamment, sur la Crimée (2), le statut de Hong-Kong (2) et surtout sur les questions nucléaires (5). Des sujets « isolés » furent aussi choisis (la coutume et le développement à Madagascar, le nomadisme politique, l'interférence de la politique sur le droit, l'affaire du Temple Preah-Vihear, l'engagement des Nations-unies pour le développement, la préservation internationale de l'environnement).

⁴ « La HCC et la procédure de destitution présidentielle », 19 juin 2015 : *L'Express* (p. 14), *La Gazette de la Grande Ile* (p. 2), *Midi* (p. 25), *Les Nouvelles* (p. 14).

La procédure de destitution présidentielle

que fût la position défendue, qu'il y avait une part de risque à s'exprimer aussi largement. La réaction fut vive, et syndrome d'insularité bien connue⁵, nous fûmes accusés notamment d'être un apprenti Debbasch en Afrique, en manque de reconnaissance, d'immixtion dans les affaires intérieures, etc., et déclaré ni plus ni moins *persona non grata* par le prochain gouvernement, qui ne tarderait pas à venir. Un commentaire plus modéré avait été publié quelques jours auparavant⁶. Le gouvernement mis en accusation le 4 juillet ne fut pas démis, la majorité requise des deux-tiers des députés n'étant pas réunie (art. 103 de la Constitution).

La définition de la responsabilité pénale du chef de l'État reste délicate à définir et encore plus à mettre en oeuvre. Dans sa thèse consacrée à la responsabilité du chef de l'Etat, Téléphore Ondo évoque une organisation déficiente et des palliatifs illusoire⁷. En France, l'article 42 de la Constitution de 1946 retenait une formule très restrictive, posant un principe d'irresponsabilité politique pénale, assortie d'une exception. C'est en ce sens que s'était prononcé le constituant en 1958 dans la version initiale de l'article 68, alinéa 1. Dans l'histoire constitutionnelle française, seuls quelques cas attestent d'une justice pénale, à l'égard des chefs d'État ou des ministres. On peut songer ici, évidemment, au procès de Philippe Pétain, en juillet 1945. André Cabanis, qui a souvent traité de la question, rappelle la formule de Winston Churchill, selon laquelle il y aurait deux choses inutiles dans ce monde : la vésicule biliaire et la chambre des Lords. Il ajoute, également avec humour : la procédure de destitution

⁵ M. GASPARD, « Laurent Sermet en service commandé », *La Gazette de la Grande Ile*, 23 juin 2015.

⁶ Nasolo-Valiavo ANDRIAMIHAJA, « Apprendre à apprendre », *Chronique, L'Express*, 20 juin 2015.

⁷ *La responsabilité introuvable du chef d'Etat africain : analyse comparée de la contestation du pouvoir présidentiel en Afrique noire francophone (Les exemples camerounais, gabonais, tchadien et togolais)*, 6 juillet 2005, thèse soutenue à l'Université de Reims-Champagne Ardennes.

présidentielle⁸. Dans un important arrêt, la chambre criminelle de la Cour de cassation, Breisacher, du 10 octobre 2001, a posé la distinction suivante : la Haute cour de justice n'est compétente que pour connaître des actes de haute trahison commis par le président de la République dans l'exercice de ses fonctions. Les poursuites engagées pour toute autre infraction ressortissent alors de la compétence des juridictions pénales de droit commun. De plus, étant élu directement par le peuple afin d'assurer, notamment, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État, il ne peut pas être mis en examen, cité ou renvoyé devant une juridiction pénale de droit commun pendant la durée de son mandat. Par conséquent, la prescription de l'action publique est suspendue pendant la durée de son mandat. La responsabilité pénale du chef de l'État est désormais établie au titre des articles 67 et 68 réformés par la loi constitutionnelle du 23 février 2007⁹.

Nous nous proposons de reprendre ici, en le renouvelant, cet article de presse (1) et de le commenter à la lumière de l'*obiter dictum* portant sur l'injonction de mise en place d'un pacte de responsabilité entre les institutions politiques (2).

1. la HCC et le refus de la procédure de destitution : une décision et un avis à lire ensemble.

Les 12 et 13 juin 2015, la Haute cour constitutionnelle de Madagascar a rendu une décision et un avis, respectivement à la demande des parlementaires et du premier ministre, qui s'analysent comme un langage de répliques des uns à l'autre. Cette décision et cet

⁸ En ce sens, André CABANIS, « La démocratie par le droit constitutionnel », dans *Revue du conseil constitutionnel* (algérien), numéro 2, 2013, p. 19-20.

⁹ Sur cette question, nous renvoyons à l'analyse d'Olivier BEAUD, sur le statut pénal du chef de l'État : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-de-1958-en-20-questions/la-constitution-en-20-questions-question-n-14.17361.html>

La procédure de destitution présidentielle

avis vont dans le même sens en estimant, entre autres, que la procédure de destitution présidentielle n'est pas fondée et que les institutions doivent continuer à œuvrer dans le respect de la Constitution.

1.1. Coup d'Etat ou crise institutionnelle ?

Cette énième crise institutionnelle laisse, objectivement, le pays encore un peu plus fragile qu'il ne l'était dans l'étape précédente. Il y a une réalité pathologique de la gouvernance malgache : celle d'un malade faisant face à de multiples rechutes de plus en plus graves et rapprochées et qui ne disposerait que d'anticorps de moins en moins résistants. Comment transformer le cycle vicieux des crises en un cycle vertueux ? Aucune réponse ou début de réponse n'est donnée actuellement, même si les positions de la HCC vont dans le bon sens. Le poison de la défiance, la force négative de la corruption, l'incapacité de répondre aux besoins de développement, tant de la part des autorités malgaches que de la communauté internationale, s'installent tous les jours un plus profondément. Le peuple malgache, qui est dans toutes les bouches, est une réalité nominale, qui ne vaut que comme une instance de référence justificatrice de l'accession au pouvoir et une fois le sésame électif obtenu, il est oublié ou bien peu pris en compte. Le peuple a conscience de son sort dégradé et sait la distance qui le sépare de l'élite nationale mais il ne la sanctionne pas, ni par la force, ni par les urnes.

Cette crise ne peut pas être assimilée à un coup d'Etat, dès lors que les armes n'ont pas été brandies et que la volonté de ne pas respecter le processus institutionnel n'est pas établie. Du moins, la saisine de la HCC en atteste, soulignant le choix d'une voie de droit pour résoudre la mésentente profonde entre l'exécutif présidentiel et certains députés de la chambre basse. Il faudrait en tout état de cause

respecter l'autorité attachée à la décision et à l'avis, même s'ils ne vont pas dans le sens souhaité.

Il est déraisonnable et cela porte atteinte au caractère irrévocable de la décision prise de vouloir mettre en cause le juge constitutionnel, pour suspicion légitime. Mais le faire sur le terrain du droit confirme, malgré tout, un attachement apparent au droit.

1.2. Une Constitution dédiée à la protection de l'Etat de droit

Ce ne sont pas les instruments de la démocratie et de l'Etat de droit qui manquent à Madagascar. La Constitution de la IV^{ème} République présente nombre d'éléments qui le rattachent aux textes constitutionnels des démocraties contemporaines. Elle est même innovante en ce qu'elle prévoit –pour d'évidentes raisons de défiance– que les principaux pouvoirs institutionnels peuvent être contraints à la démission. Classiquement, le gouvernement peut être frappé d'une motion de censure (article 103) ou démis sur décision du président (article 54) et, corrélativement, l'Assemblée nationale peut être dissoute par le président (article 60). En revanche, établir la possibilité d'une destitution présidentielle est une hypothèse constitutionnelle plus rare et plus discutable, dès lors que le président tire sa légitimité d'une élection au suffrage universel direct et que sa mise en cause est, sans respect du parallélisme des formes, établie au terme d'une procédure institutionnelle. La destitution (article 41) et l'empêchement (article 50) du président de la République sont deux modalités très différentes de terme précoce du mandat présidentiel. La première est l'expression d'une interdiction pour faute politique grave alors que la seconde est liée à une incapacité d'exercice du pouvoir, pour des raisons d'ordre physique ou mental. Dans le précédent du président Albert Zafy (HCC, 4 septembre 1996), la distinction entre les deux modalités fut floue car c'est au terme de la procédure de l'empêchement que le président Zafy fut démis, mais

La procédure de destitution présidentielle

sur la base de fautes graves (notamment la promulgation tardive des lois).

Cet enchevêtrement des procédures de mise en cause est-il l'expression de mécanismes institutionnels d'équilibre politique, le Sénat devant être mis à part néanmoins car il est la seule institution qui n'est pas politiquement responsable, ou la porte ouverte à des manipulations et contestations politiques sans fin ? La question peut et doit être posée dès lors que les députés, quelle que soit la légitimité de leur opposition au président, ont estimé « faute de grive »-pouvoir poursuivre la censure du gouvernement (« le merle »). C'est bien l'objet de l'avis de la HCC qui a décidé l'impossible cumul de mise en cause des deux branches de l'exécutif. Cette pluralité de moyens constitutionnels de mise en cause des différentes institutions politiques soulève un paradoxe démocratique : l'actuelle Constitution n'est-elle pas, au nom des exigences de l'Etat de droit, un des facteurs de la crise ?

1.2.1. Un régime politique en transition

Il ne peut pas être dit que l'Etat malgache est sorti de la transition même si une nouvelle Constitution a été adoptée par référendum et que les députés, ainsi que le président de la République, ont été élus au suffrage universel. La transition demeure dès lors que les principales instances ne sont pas installées : le Sénat et la Haute Cour de Justice. Il est possible d'argumenter juridiquement que la mise en place du Sénat relève plus d'une disposition transitoire que transitionnelle, car elle est prévue par la Constitution du 11 décembre 2010 (article 166, 3^{ème} al.) et permet ainsi à l'Assemblée d'exercer « la plénitude du pouvoir législatif ». Mais ce transitoire s'installe maintenant dans la durée : bientôt cinq ans. Il impacte d'autres secteurs que l'exercice du pouvoir législatif, notamment s'agissant de

la composition de la HCC où la représentation des nouveaux sénateurs fait défaut, et le contrôle de l'activité gouvernementale.

Certes, un mouton peut progresser sur trois pattes (président / gouvernement / Assemblée nationale) mais il peut courir sur quatre.

1.2.2. Une HCC politique ?

Dans cette affaire, la HCC était au centre du conflit –avec une pression médiatique considérable- et il est illusoire voire hypocrite de lui reprocher d'être ou d'avoir été un acteur politique car le conflit l'était. En fait, il s'agit de savoir si elle a répondu avec les moyens du droit à la question posée. En effet, une Constitution est un texte vivant dans le sens où les questions posées ne trouvent pas toutes des réponses exactes dans le texte constitutionnel et qu'un exercice d'interprétation doit être mené. Cet exercice de politique juridique répond-il aux canons de l'interprétation constitutionnelle ? Telle est la question. Il peut être répondu par l'affirmative mais dans une perspective globale, dans le sens où il convient de lire ensemble la décision et l'avis. Isoler l'une de l'autre et chercher un sens à la seule décision est plus délicat.

Lorsque la HCC a été amenée, à deux reprises, à préciser le sens de l'expression « parti ou groupe de partis majoritaire », au sens de l'article 54, faut-il considérer qu'il était possible ou impossible de faire œuvre de politique juridique ? Ce qui compte c'est la nature du raisonnement et le respect des règles de l'interprétation juridique.

Par son avis du 17 février 2014, la HCC avait expliqué que l'expression litigieuse de l'article 54 devait s'entendre comme excluant les députés non apparentés du choix du PM et exigeant que les groupes fussent constitués avant même leur élection. Une interprétation possible, et même assez attachée à la lettre de la Constitution, mais politiquement désastreuse car elle pouvait conduire à ce que le PM fût présenté au président par une minorité

La procédure de destitution présidentielle

parlementaire. La décision du 14 janvier 2015 a repris la notion dans un sens beaucoup plus conforme à la pratique parlementaire et n'excluant pas les députés indépendants. Elle a estimé que l'expression devait s'entendre d'une majorité parlementaire stable. La HCC s'est même inspirée, pour soutenir sa nouvelle interprétation, des régimes étrangers (ici la Constitution allemande). Avait-elle pour autant fait œuvre politique ? Non, car elle s'est inscrite dans les canons du droit et dans le cadre de la Constitution.

Classiquement, pour revenir à la décision du 12 juin 2015, souscrivant à un raisonnement juridique, la HCC s'est fondée sur trois considérations : la compétence de la Cour, la recevabilité de la requête et le fond des reproches. Ces trois composantes de l'analyse sont successives, car le défaut de la compétence et/ou de recevabilité empêche de se prononcer au fond. Il ne faut pas confondre décision politique et politique juridique, qui relèvent de champs discursifs et disciplinaires parfaitement différents. La politique juridique est un travail d'interprétation, qui joue en l'occurrence sur la façon dont les moyens de droit sont traités. Mais reprocher à la HCC de ne pas reconnaître le bien-fondé des prétentions au fond s'analyse « au mieux » en une erreur de droit mais pas comme un acte politique. Ou alors tout est politique, même faire la cuisine ou dire la messe. Et donc rien ne l'est.

1.3. Compétence, recevabilité et fond

La question de la compétence de la HCC était relativement délicate à établir. Il convient de partir des trois séries de compétences de la HCC : la compétence de décision de déchéance, la compétence de constatation de la vacance, la compétence comme juge de la conformité objective à la Constitution. Etre désigné comme juge compétent signifie en droit avoir un certain type de pouvoirs qui, en l'espèce, ne se recourent pas. En effet, constater la vacance n'a rien à

voir avec la compétence de destitution, par substitution à la HCJ, ni avec celle de conformité à la Constitution.

Deux difficultés se présentaient. La première consistait à déterminer si l'article 167 de la Constitution, qui prévoit la compétence de jugement du président, pour faute grave, par la HCC en raison de l'absence d'installation de la HCJ, était applicable. Il s'agissait aussi de déterminer la procédure applicable devant la HCC, dès lors que la loi organique n° 2014-043 relative à la HCJ, très précise et d'une belle clarté malgré sa technicité, ne mentionnait aucunement la procédure à suivre devant la HCC, ni même sa compétence.

La HCC a retenu sa compétence, en tant que juge pénal par défaut, estimant sans doute avec raison que la procédure de destitution présidentielle était de « nature pénale ». Si l'on peut souscrire –bien qu'avec une légère hésitation– à cette qualification pénale, c'est au motif que la peine dont est passible le président est de nature politique : il est destitué. Si l'on compare les sanctions qui relèvent du code pénal, que la HCJ, ou la HCC par défaut, peut prononcer à l'égard des autres justiciables qui sont de leur ressort (présidents des assemblées, premier ministre et membres du gouvernement, président de la HCC), il y a lieu effectivement de distinguer deux formes de procédure, dont la nature pénale est plus ou moins prononcée. La destitution présidentielle est une sanction politique et non pénale. Mais il est exact de dire que l'environnement de la procédure de destitution est de nature pénale. C'est pourquoi, du reste, il est discutable d'avoir écarté le moyen relatif à la CENIT sur la base de l'incompétence du juge constitutionnel, car il s'agit d'une réponse qui relève de la HCC juge constitutionnel, alors que la HCC était ici saisie comme juge pénal.

La requête parlementaire, de façon surprenante, ne contenait aucun moyen sur le bien-fondé de la compétence de la HCC et ne développait que des moyens de fond. Cette compétence, malgré la

La procédure de destitution présidentielle

lettre de l'article 167, 2^{ème} al., la confirmant, n'est pas sans difficulté à établir. En effet, elle se définit « à titre exceptionnel » -ce qui mérite une explication sur l'existence ou non de cette exception- mais surtout elle ne vise que le président de la République et non les autres justiciables de la HCJ. En clair, il y a un traitement différencié (discriminatoire ?) entre le président qui peut être jugé par la HCC et les autres justiciables qui ne le peuvent pas. Pourquoi ? Quoi qu'il en soit le texte donne un sens favorable à la compétence de la HCC, malgré d'évidentes ambiguïtés.

La recevabilité est donc le second temps de l'analyse conduite par la HCC. Et de ce point de vue, la HCC a levé la seconde des difficultés en admettant, et à raison, que la procédure applicable devant celle-ci était d' « interprétation stricte et non analogique », soit l'application à la lettre de la loi organique sur la HCJ. Là encore, les parlementaires n'ont pas cru bon de développer les moyens relatifs à la recevabilité comme si elle allait de soi. Il n'en va rien. Il faut dire que c'est là l'aspect le plus surprenant de la requête et le moins fondé. L'irrecevabilité de la requête est, en effet, manifeste. Aucune des étapes de la procédure de destitution n'a été respectée. A commencer par une requête en destitution qui doit être initiée par une association de citoyens légalement constituée, soit une requête citoyenne, et non, comme cela l'a été directement, par un groupe de parlementaires. Une commission de requête doit être constituée au sein de l'Assemblée pour juger de la recevabilité. Elle ne l'a pas été. Une commission d'enquête doit l'être aussi. Elle ne l'a pas été. Une chambre d'instruction doit être composée. Elle ne l'a pas été. Une communication au procureur général de la Cour suprême du dossier doit être réalisée pour qu'il rende ses réquisitions et saisine la HCJ/HCC, qui enfin peut se prononcer au fond.

Aucune de ces étapes n'a été respectée. La HCC est peut être compétente mais l'affaire n'est pas recevable et les députés de

l'Assemblée nationale n'ont pas respecté le texte organique qu'ils ont voté. L'irrecevabilité est si grossière, peut-on estimer, qu'elle rend l'acte de saisine de la HCC inexistant. Si l'acte est inexistant, il n'y a pas lieu de discuter de la compétence de la HCC... Et pourtant la HCC a retenu la recevabilité de la requête au terme d'un raisonnement qui ne convainc pas. Pourquoi ? La réponse est claire. Pour répondre à la pression politique et démontrer par le menu, argument après argument, que la requête est non-fondée au fond. Ici effectivement se situe la politique juridique de la Cour : choisir de répondre au fond alors que l'irrecevabilité relevait de l'évidence. La Cour aurait-elle dû s'interdire de raisonner ainsi ? On peut le penser et le défendre, surtout si l'on considère que son *obiter dictum* –à laquelle manifestement la Cour tenait- aurait été possiblement ajoutable, non sans discussion critique toutefois, comme nous le verrons.

Et le bien-fondé des moyens ? La HCC ne pouvait effectivement que retenir le mal-fondé des moyens. Et aucune des argumentations avancées par la HCC n'est discutable car les moyens reprochaient des éléments de violation de la légalité constitutionnelle mais ils ne s'apparentaient en aucune façon à la faute grave, répétée et à la haute trahison.

En clair, le sens à donner de la décision est acceptable dans le fond, quelle que discutable que soit la question de la recevabilité. L'avis doit recevoir une semblable appréciation.

1.4. Un nouveau principe de droit constitutionnel : la non-régression de l'Etat de droit

Face à la volonté redoublée de « faire tomber » tous azimuts le pouvoir exécutif, la HCC a justement considéré, dans son avis, qu'accepter de faire droit à une procédure de censure du gouvernement conduirait à un régime d'assemblée, soit à une

La procédure de destitution présidentielle

confusion des pouvoirs en faveur de l'Assemblée, qui est provisoirement de surcroît dans une situation exceptionnelle de chambre monocamérale.

La HCC a innové en considérant que le principe de non-régression, qui a été mis en lumière dans le domaine du droit international de l'environnement par le professeur Michel Prieur, s'appliquait pleinement à la situation. A notre connaissance, c'est la première consécration universelle de ce principe qui néanmoins procède du bon sens. Alors que l'Etat est fragilisé (absence de Sénat, de la HCJ), il est des procédures qui doivent être mises en veilleuse car leur usage pourtant prévu par le texte constitutionnel conduirait à une situation de régression de l'Etat de droit. L'idée est qu'il existe une sorte de noyau dur institutionnel qu'il n'est pas possible d'entamer sauf à empêcher l'Etat de pouvoir sortir de la crise dans laquelle il est placé et lui faire œuvre de résilience. L'idée sous-jacente, qui est très innovante, reste dans les canons de l'interprétation du droit. Lorsqu'une prérogative existe parce qu'elle est consacrée par le droit, elle ne peut être reconnue si elle excède des limites explicites et/ou implicites (ici le principe de non-régression découle de l'esprit plus que de la lettre) et si elle est témoin d'un abus de procédure ou de droit.

C'est ainsi que le mouvement entre la décision et la décision se rejoint. La décision ne se comprend, dans son dispositif, que si l'on considère qu'elle fixe, bien au-delà du mal-fondé des moyens de destitution, trois obligations *ultra petita* (au-delà de la requête) : plein exercice des fonctions, séparation des pouvoirs et « pacte de responsabilité ». Il faut comprendre, d'après nous, que les institutions perdent le temps de la transition (absence de Sénat) le droit de mobiliser les instruments de défiance constitutionnels, qui ne sont pour l'heure pas adaptés à la situation. D'où l'appel fait à un pacte de responsabilité, qui est la suite logique du principe de non-régression

de l'Etat de droit. Certes, cet appel sort du cadre qui s'impose strictement au juge constitutionnel et relève du champ politique. Mais, bien qu'il soit en étroite relation avec le principe de non-régression, il ne peut être doté que d'une force indicative. Indicative mais pas nulle.

L'appropriation politique du principe de non-régression s'est à nos yeux traduite dans les propos de Brechard Loyola, président de la région de l'Anosy, pour qui : « aucun haut responsable n'a le droit de mettre en péril la nation »¹⁰. Il en tire une conclusion logique : « il est désormais question d'instaurer le dialogue et l'apaisement comme le stipule l'article 5 de la décision de la HCC ».

1.5. Quelle est l'autorité du juge constitutionnel ?

L'autorité du juge constitutionnel rejoint l'autorité de la loi et du droit, pour des motifs de raison et de culture démocratique. Le juge constitutionnel est institué sur la base d'un pacte social qui trouve à son origine le peuple et qui a pour centre d'intérêt la protection de la Nation. Plus concrètement, les décisions du juge constitutionnel sont irrévocables, sauf à modifier la Constitution et les avis sont de portée consultative mais revêtus d'une autorité morale considérable. Cela conduit à faire du juge un « pouvoir », mais pas au sens politique du terme, car il doit exercer ses prérogatives dans le respect de la Constitution et de façon indépendante et impartiale. Il n'a pas de programme politique mais un programme constitutionnel. Il ne peut pas proposer de solutions politiques (par exemple dire que tel candidat est politiquement apte ou inapte à la fonction politique) mais il se doit de décrire les règles de droit constitutionnel, qui s'imposent dans le champ démocratique, et qui fixent le cadre d'exercice du pouvoir. L'enjeu de son office consiste à poser que dans la vie

¹⁰ *L'Express de Madagascar*, 13 juillet 2015, p. 4.

La procédure de destitution présidentielle

publique, s'il est des multitudes de paramètres, le paramètre constitutionnel est indépassable.

2. L'injonction contentieuse d'un « pacte de responsabilité » : quelle légitimité du juge constitutionnel ?

Faut-il voir dans l'article 5 du dispositif de la décision un excès de pouvoir de la HCC ? Fallait-il renoncer à enjoindre aux institutions politiques de mettre en place un « pacte de responsabilité », dont le contenu n'est absolument pas explicité et qui peut apparaître comme un retour de forces politiques favorables à la stabilité de l'exécutif présidentiel ? Il n'est nullement question d'entrer dans le débat politique pour désigner qui aurait politiquement raison ou tort. Ce n'est pas l'objet de l'analyse constitutionnaliste. Est-il courant que le juge sorte ouvertement du rôle qui lui est assigné par les demandes et les conclusions qui délimitent l'objet du litige, pour faire une œuvre plus politique ? Assurément, il convient de répondre par la négative. Mais ce n'est pas non plus exclu. Un important exemple est donné par la Cour internationale de justice, dans son avis du 8 juillet 1996.

2.1. La démonstration par l'exemple : l'avis de la Cour internationale de justice sur l'arme nucléaire

Cet avis, l'un des plus importants de la Cour, également très conflictuel entre les juges, portait sur le point de savoir si l'usage de l'arme nucléaire ou la menace d'usage de l'arme nucléaire était conforme ou non au droit international. L'objet du litige était donc fort borné et, étant donnée la charge politique considérable de la question, les juges furent dans l'incapacité de donner une réponse tant unanime que claire. Ils se « déchirèrent », notamment, sur la reconnaissance d'une « circonstance extrême de légitime défense » de l'Etat à recourir à la menace, voire à l'usage, de l'arme nucléaire. L'opposition entre le président Mohamed Bedjaoui (Algérie) et son

vice-président Stephen Schwebel (Etats-Unis) est restée célèbre. Alors que le premier souhaitait absolument mettre en évidence l'illicéité internationale de l'arme nucléaire (usage et menace), le second s'y opposa. Son opinion dissidente révèle ses points d'opposition : « l'affaire illustre une tension sans précédent entre la pratique des Etats (favorables à détenir l'arme nucléaire) et les principes juridiques (défavorables à celle-ci)... Cette pratique étatique n'est pas celle d'un objecteur persistant isolé et secondaire mais celle des membres permanents du Conseil de sécurité, soutenus par un nombre considérable d'autres Etats... Les résolutions de l'Assemblée générale en sens contraire ne sont ni normatives, ni déclaratoires du droit international existant ».

C'est dans ce contexte de division interne que la Cour décida de reconnaître que l'usage ou la menace de l'arme nucléaire « serait généralement contraire aux règles du droit international des conflits armés ». L'usage du conditionnel exprime, bien qu'indirectement, le délicat, sinon l'impossible, accord sur le statut militaire de l'arme nucléaire. Beaucoup plus surprenante encore, fut la consécration de la fameuse exception relative à la circonstance extrême de légitime défense, car la Cour se déclara dans l'impossibilité –au vu de l'état actuel du droit international ainsi que des éléments de fait– « de conclure de façon définitive que l'usage ou la menace serait illicite ou licite en cas de circonstance extrême de légitime défense ». Ainsi, c'est bien un cas d'indécision qui fut rendu par la Cour. Heureusement qu'il s'agissait d'une procédure consultative, car en procédure contentieuse, cela aurait été assimilable à un déni de justice.

Nous avons posé le cadre de l'affaire. La ressemblance, que nous voulons voir avec la décision et l'avis de la HCC, pourra sembler bien incertaine, à moins que l'on accepte de considérer l'énorme charge politique sous-jacente. Comment un juge peut-il s'aventurer sur ces terrains-là sans danger ? Mais il faut aller plus loin. En effet, le dernier

La procédure de destitution présidentielle

considérant du dispositif de l'avis de la CIJ avalise l'idée de cette proximité. La Cour internationale de justice, cette-fois-ci à l'unanimité, estima que les Etats avaient une obligation de poursuivre de bonne foi des négociations conduisant à un désarmement nucléaire complet et global sous contrôle international (dispositif 2F). Cette injonction, qui n'était que la réitération de l'article VI du traité sur la non-prolifération, du 1^{er} juillet 1968, sortait parfaitement en dehors du cadre de la question posée au juge. Il l'adopta –à nos yeux– pour dépasser l'évidente imperfection dont il avait fait preuve jusqu'alors. C'est le président Bedjaoui qui insista pour compléter l'avis, par le haut, et fit plus ouvertement valoir dans sa déclaration jointe à l'avis qu'il existait une double obligation générale pour les Etats : négocier de bonne foi et parvenir à un résultat précis. Telle était son interprétation de l'article VI TNP : soit un désarmement général et complet sous contrôle international.

Le juge Schwebel, en parfait accord avec l'analyse qu'il avait conduite jusqu'alors, estima que : « De toute manière, comme le paragraphe 2 F ne répond pas à la question posée à la Cour, il doit être considéré comme un simple dictum ».

2.2. Retour à Madagascar : le « pacte de responsabilité », de quoi parle-t-on ?

L'on peut donner corps à la notion de « pacte de responsabilité » eu égard à trois hypothèses : le pacte comme respect de la Constitution (hypothèse minimale), comme gouvernement d'unité nationale (hypothèse maximale) ou comme hypothèse intermédiaire, ce qui sera notre position.

Si le juge constitutionnel malgache avait été moins « innovant », il se serait contenté de rappeler que le respect de la Constitution par les acteurs politiques institutionnels s'imposait à eux. On sait que le Conseil constitutionnel français a tracé une ligne de démarcation

conceptuelle entre la loi votée par les parlementaires, qui n'exprime la volonté générale « que dans le respect de la Constitution », signifiant que le juge constitutionnel puisse en vérifier le bien-fondé (décision n° 85-197 DC du 23 août 1985). A l'inverse, la loi référendaire, « expression directe de la souveraineté nationale », ne donne pas lieu à ouverture d'un contrôle de constitutionnalité (décision n° 62-20 du 6 novembre 1962). Ainsi le respect de la Constitution, norme de l'unité nationale, dans sa lettre et son esprit, serait la version minimale du « pacte de responsabilité »¹¹. Evidemment cet aspect n'a pas échappé à la HCC, qui l'a elle-même formulé au titre de l'article 3 du dispositif de la décision (article 3 : *Les institutions gouvernantes de la République (président de la République, gouvernement, Assemblée nationale) exercent pleinement leurs fonctions conformément à la Constitution*).

Il s'ensuit, précisément et logiquement, que la notion de « pacte de responsabilité » ne peut pas être entendue comme relevant du seul respect *stricto sensu* de la Constitution. Ce respect est déjà en soi

¹¹ Anaclét IMBIKI, « La portée du « Pacte de responsabilité » prévu dans la Décision N° 24-HCC/D3 du 12 juin 2015 de la Haute cour constitutionnelle (HCC) relative à la résolution de mise en accusation du Président de la République Hery RAJAONARIMAMPIANINA », *La Tribune de Madagascar*, 1er août 2015, in

<http://www.madagascar-tribune.com/La-portee-du-Pacte-de.21340.html>

Pour cet auteur, « la conclusion de ce pacte de responsabilité ne devrait en aucun cas avoir pour conséquence d'instaurer un régime extra-constitutionnel, mais au contraire, comme l'affirme à plusieurs reprises la décision de la HCC, les attributions des Institutions doivent être exercées conformément à la Constitution en vigueur ». Il en résulte que les institutions peuvent pleinement utiliser les mécanismes de mise en cause politique constitutionnels, sous réserve d'abus. Mais, c'est aussi le respect de l'éthique politique : « notamment, par l'interdiction des pratiques de corruption au sein de toutes les institutions étatiques (exécutif, législatif et judiciaire, HCC comprise, sous peine de déclenchement de processus constitutionnel de mise en cause de responsabilité de l'institution fautive (dissolution de l'Assemblée nationale, mise en accusation pour déchéance, ouverture de commission parlementaire d'enquête, poursuite judiciaire) ».

La procédure de destitution présidentielle

considérable car il y a un déficit flagrant de seuil constitutionnel à Madagascar. On pourrait assimiler ce déficit à une « incompétence négative constitutionnelle » des autorités politiques, principalement exécutives. Celle-ci forme l'un des motifs les plus solides de ceux qui ont voulu la déchéance du président, notamment en ce qui concerne la non mise en place de la HCJ. On peut ainsi considérer comme faisant défaut actuellement, dans des formes variées, contrairement aux prescriptions constitutionnelles : la Haute cour de justice (articles 131 et 133) ; le Haut Conseil pour la défense de la démocratie et de l'Etat de droit (article 43) ; le Sénat (articles 80 à 85) ; le Conseil économique, social et culturel (article 105) ; le Haut conseil de la Défense nationale (article 56) ; la « structure nationale indépendante chargée de l'organisation et de la gestion de toutes les opérations électorales » (article 5 alinéa 2) ; l'inspection générale de la justice (article 112), et le Conseil national de la justice (article 113).

La liste est trop longue et elle est en soi une atteinte au principe de non-régression de l'état de droit, entendu comme un niveau minimal acceptable de respect de la primauté du droit et des institutions. Il est évident que la Constitution doit être complétée.

Dans son extrême opposé, la notion de « pacte de responsabilité » renverrait à un gouvernement d'unité nationale, qui en serait son expression maximaliste. Mais selon nous, elle renvoie à l'idée que les pouvoirs institutionnels doivent coopérer sincèrement et activement pour redresser le pays, en toute bonne foi, dirait le vocabulaire du droit international public. L'article 4 du dispositif qui fait valoir que : « L'exécutif et le législatif respectent les principes de la séparation et de la collaboration des pouvoirs, fondements du régime semi-présidentiel de la Quatrième République » s'en rapproche. Le terme constitutionnel retenu est celui de « collaboration » alors que celui que nous retenons est, dans la lignée terminologique du droit

international public, celui de « coopération ». Ils expriment la même idée.

Quelle que soit l'hypothèse retenue (maximaliste, intermédiaire ou minimaliste), il convient que les pouvoirs institutionnels collaborent entre eux. Comment justifierait-on une quelconque opposition à cette proposition ? On pourrait considérer son imprécision substantielle, son incertitude temporelle, pour la récuser, alors qu'elle relève de la nécessité. Nécessité fait loi, disent les juristes, ce qui en anglais s'énonce par une formule nettement plus ambiguë : « necessity knows no laws ». Il s'ensuit une neutralisation d'une partie de la liberté de pouvoir des institutions, qui est, à nos yeux, la traduction positive du principe de non-régression de l'Etat de droit. Cette face positive de coopération est impliquée par sa face négative : ni mise en cause du président et/ou du gouvernement, ni dissolution de l'Assemblée nationale. Elle implique de manier avec une prudence extrême l'outil du référendum. Face à la crise, le président pourrait être tenté de recourir au peuple pour re-légitimer son pouvoir et neutraliser ceux qui l'ont attaqué. Ainsi reconfigurerait-il à son avantage la situation politique dégradée. Mais l'exercice de cette prérogative, par les implications qu'elle recèle, apparaîtrait en rupture avec la face positive de la non-régression, soit l'obligation de coopérer.

2.3. La HCC et le « pacte de responsabilité » : un simple dictum ?

A l'instar du juge Schwebel, faut-il considérer l'article 5 du dispositif comme « un simple *dictum* » ? Le dispositif de la décision du 12 juin énonçait six articles, le dernier simplement procédural pouvant être écarté¹². Ce dispositif peut être scindé en deux parties, de

¹² Selon la décision de la HCC du 12 juin, il fut décidé que : Article 1 : La demande des requérants est recevable. Article 2 : La demande est rejetée comme non fondée. Article 3 : Les institutions gouvernantes de la République (président de la République, gouvernement, Assemblée

La procédure de destitution présidentielle

nature très différente. La première concerne les articles 1 et 2 et, effectivement, relève du cadre de la question posée au juge constitutionnel faisant office de HCJ. La seconde (articles 3 à 5) est en revanche bien extérieure à cet office de juge pénal par substitution, et illustre un cas d'intervention *ultra petita*, et relève de la compétence du juge constitutionnel de droit commun, celui qui orchestre les pouvoirs constitutionnels. Qui plus est, leur teneur très générale les fait plus ressortir d'une compétence consultative que contentieuse. Soit une décision qui est un avis *de facto*, ce qu'un juge doit évidemment éviter de faire : mélanger les genres et les catégories juridiques. En effet, alors que l'office de juge pénal est *stricto sensu* lié aux parties en cause, l'intervention du juge constitutionnel qui interprète la Constitution est d'effet *erga omnes*. L'article 5 du dispositif est donc assurément un *dictum*. On peut le regretter ou s'en réjouir selon sa position sur l'échiquier politique.

Du point de vue de l'analyse constitutionnaliste, il est finalement heureux qu'il en aille ainsi car ainsi la Constitution demeure normative et le pacte, dont la substance reste à construire pour les hypothèses intermédiaire et maximaliste, est indicatif. Ainsi force et primauté sont légitimement données à la loi alors que le pacte, la feuille de route et autres accords politiques ressortent du domaine politique, lesquels sont en raison de leur nature subordonnés à la Constitution. Toute tendance visant à écarter le texte constitutionnel doit être évitée, sinon pour son principe sinon pour ses effets, car elle

Nationale) exercent pleinement leurs fonctions conformément à la Constitution. Article 4 : L'exécutif et le législatif respectent les principes de la séparation et de la collaboration des pouvoirs, fondements du régime semi-présidentiel de la Quatrième République. Article 5 : Les institutions de la République œuvrent en faveur d'un pacte de responsabilité, garant du bon fonctionnement de l'Etat, dans le cadre de la Constitution en vigueur. Article 6 : La présente décision sera notifiée au président de la République, au président de l'Assemblée nationale, au premier ministre, chef du gouvernement et publiée au *Journal officiel de la République*.

est nécessairement discutable et dangereuse. Même si le degré d'intégration institutionnelle des pouvoirs constitués est très limité à Madagascar, s'apparentant au faible degré d'intégration des Etats dans les relations internationales, force et primauté doivent être donnés à la loi pour construire la société politique malgache. La société de droit est un progrès démocratique considérable par rapport à la société politique et il est opportun de poser les bases de leur existence et collaboration réciproques. Au plus fort de la crise, le jeu politique semblait caractérisé par une table d'échec où se trouvaient de moins en moins de pions et avec des protagonistes prêts à aller jusqu'à l'échec et mat.

Le respect de la Constitution doit être absolument observé même si elle n'est pas, en l'état, totalement satisfaisante. Le régime des circonstances exceptionnelles est incomplet. La loi organique qui précise ce régime, visé par l'article 63 de la Constitution, n'a pas été adoptée (autre élément de seuil constitutionnel critique quand on sait l'importance de ce régime juridique) et il n'y a pas d'interdiction de dissolution de l'Assemblée nationale durant ces circonstances exceptionnelles. De même, la sophistication des mécanismes de mise en cause politique de l'exécutif est excessive. On l'a vu en ce qui concerne la procédure de destitution présidentielle, initiée par des personnes physiques ou morales (art. 14 LO relative à la HCJ). C'est le cas de l'article 103 de la Constitution qui ne prévoit aucune limite de nombre ou de temps au vote d'une motion de censure. Puisque le régime politique est de type semi-présidentiel, qu'il y a séparation et collaboration des pouvoirs, il faut mettre en place des mécanismes de mise en cause mais aussi d'équilibre. Ouvrir trop grande la porte de la mise en cause politique est l'assurance de l'instabilité politique, comme la défunte quatrième République française. Des réformes constitutionnelles s'imposent d'autant plus que le pari est fait de respecter l'autorité de la Constitution.

La procédure de destitution présidentielle

2.4. Et maintenant : quelle appropriation politique du « pacte de responsabilité » ?

La perspective d'une appropriation présidentielle du « pacte de responsabilité » se fait jour. Elle pourrait et devrait se matérialiser par la mise en place des institutions manquantes : Sénat, HCJ... Politiquement, une partie des acteurs politiques semble en accord, *prima facie*, pour s'engager dans la voie d'un pacte de responsabilité. Ainsi le 9 juillet, l'ARMADA, qui regroupe cinq formations politiques, posait la voie d'un pacte de responsabilité pour le fonctionnement normal des institutions, en faisant valoir le maintien du président et de l'Assemblée, mais envisageait de refondre le gouvernement sur la base de toutes les forces politiques de l'Assemblée. Le 13 juillet, le groupe parlementaire MAPAR, dont l'ancienne ministre de la Justice, Christine Razanamahasoa, envisageait de « discuter sérieusement » de la mise en œuvre de la décision de la HCC avec le président de la République. Dans son éditorial, *Midi Madagasikara* du 14 juillet, remarquait que la convergence sur les priorités était loin d'être gagnée. Pour les uns, la tenue des élections communales devait avoir lieu avant la signature du pacte tandis que les autres recommandaient la signature du pacte avec les élections (p. 2). L'éditorial de *Les Nouvelles* du 14 juillet voyait plutôt le pacte de responsabilité comme un partage des responsabilités en gestation. Quant à la *Nouvelle Majorité Parlementaire*, elle faisait valoir qu'une proposition de pacte avait été élaborée depuis plusieurs semaines¹³. Il serait heureux d'écrire un point final aux crises malgaches...

¹³ *La Gazette de la Grande Ile*, 14 juillet, p.5.

3. Madagascar, démocratie paradoxale ?

Alors que le pays est confronté à des crises politiques à répétition, ne faut-il pas aller plus avant que leur observation et leur analyse formelle ? Madagascar ne se présente-t-elle pas comme un paradoxe au regard de la démocratie ? A la question : la démocratie est-elle un choix ou un chemin ?, l'Etat malgache semble répondre par la première branche de l'alternative, en raison de sa Constitution hautement démocratique et de sa prédilection en faveur de l'Etat de droit. En même temps, il semble être incapable d'assumer l'engagement en faveur de la démocratie alors qu'il le revendique : un paradoxe ou une démocratie paradoxale.

Comment expliquer cette situation ? L'histoire constitutionnelle éclaire celle-ci. Schématiquement, la nation malgache est passée par des régimes politiques extrêmement diversifiés : les groupes ethniques dans l'île non unifiée, la monarchie merina unificatrice, le protectorat, la colonisation (1896-1960) et les régimes des quatre Républiques (4^{ème} République depuis 2010). Cette succession de régimes est-elle vraiment un choix national ou l'expression de contraintes extérieures variées ? Il n'est guère discutable que la colonisation ait été subie et peut-être que, dans une certaine mesure, le choix républicain initial (pression française) et ses formes contemporaines (pression internationale) le sont aussi. Observons qu'il n'est méthodologiquement pas possible de se limiter à l'analyse formaliste du droit pour comprendre les racines du paradoxe.

3.1. La nation malgache, de quoi est-elle l'expression ? Quelles en sont les lignes d'identité, les lignes de fracture ?

Les lignes de l'identité malgache peuvent être trouvées dans l'histoire royale, lorsqu'à la fin du XVIII^e siècle, sous l'impulsion ambitieuse du roi Andrianampoinimerina, les limites du pouvoir prennent pour assise l'ensemble territorial de l'île et une langue se

La procédure de destitution présidentielle

diffuse et se pratique partout. Avec cette intercompréhension, l'administration royale peut établir des représentations administratives au-delà des Hautes Terres¹⁴ permettant de construire une unité politique. La vision rétrospective d'une monarchie idéalisée n'est peut-être pas si éloignée de la réalité dès lors que la société contemporaine et l'identité dont elle est porteuse en sont –ou semblent en être– l'expression. Outre la langue comme élément d'identité, on peut aussi en déceler la substance dans la pratique du *fihavananana* (ferment d'identité irréductible et, du reste, constitutionnalisé mais « concept intraduisible »¹⁵) et de la figure de l'ancien dont la sagesse est réputée être indépassable : le *raiamandreny*.

Mais les forces centripètes, les lignes de fracture, sont bien réelles¹⁶. Un rapport récent présenté par la rapporteuse spéciale des Nations unies sur les formes contemporaines d'esclavage a montré, de façon édifiante, que l'esclavage est une réalité endémique et historique, un sujet « tabou », qui est lié à la segmentation de la société en quatre castes¹⁷, qui produit aujourd'hui encore ses effets. Qui plus est, la segmentation est aussi territoriale, marquant une forte opposition

¹⁴ L'expression « Hautes terres » est utilisée par Jean-François RAISON dans sa thèse de géographie, *Les Hautes Terres de Madagascar*, Orstom-Karthala, 1984, 2 t., 1 234 p. Celles des « hauts plateaux » est fortement connotée sur le plan politique, par l'usage qui en a été fait aussi bien par l'administration coloniale que par les hommes politiques malgaches aussi bien avant, qu'après l'indépendance.

¹⁵ Harisoa RASAMOELINA, *Croyance et instrumentalisation à Madagascar*, mars 2012, 17 p., <http://www.fes-madagascar.org/media/publications/croyanceinstrumentalisation.pdf>

¹⁶ Dans une perspective analogue, que certains pourraient juger excessive : Anaclet IMBIKI, *La réconciliation nationale à Madagascar. Une perspective complexe et difficile*, L'Harmattan, 2015, 530 p.

¹⁷ Sur le sujet : Sylvain URFER et Ignace RAKOTO, *Esclavage et libération à Madagascar*, Éditions Karthala – Centre foi et justice, 2014, 368 p. Voir aussi Sylvain URFER, *Madagascar. Une culture en péril ?* Karthala, 2012, 144 p.

entre les habitants des côtes et ceux des Hautes-Terres. Pour ces raisons, mais il en existe bien d'autres¹⁸, il ne fait pas de doute que la société malgache soit très inégalitaire. Sur le plan économique global, la crise frappe le pays durement et un rapport de la Banque mondiale très controversé estimait, en 2013, en pleine transition, que Madagascar était, parmi les pays en état d'extrême pauvreté, le seul qui n'avait pas connu de conflit armé¹⁹. Très alarmiste, il faisait valoir que 92 % de la population vivait en dessous du seuil de pauvreté. La société économique n'est pas en progression mais, bel et bien, en régression faute de pouvoir assurer un accès minimal partagé aux ressources. Quant à la société politique, il semble évident qu'elle n'a pas trouvé le paradigme susceptible d'en assurer son ciment, outre le fait que la République socialiste a ruiné une partie du pays et que les cadres malgaches ont fui. Et c'est là qu'intervient le paradigme démocratique... Il est instrumentalisé et détourné, car la réalité de sa signification exacte échappe à ceux-là mêmes qui doivent le promouvoir. Un problème déterminant de formation, d'éducation citoyenne et d'appropriation des concepts se pose. Ne faut-il pas aussi convoquer le phénomène insidieux et répandu de la corruption ? Dans leur étude sur la paix et les conflits à Madagascar, Oliver Jütersonke et Moncef Kartas identifient trois principales lignes de fracture²⁰.

¹⁸ [La responsabilité du personnel politique au pouvoir de 1960 à 1972 et de 1975 à 2009 n'est jamais discutée. Or l'élite politique était principalement d'origine côtière, comme en témoigne l'origine du Président Ratsiraka, de Toamasina. Aucune véritable politique de décentralisation ne faut jamais conduite.](#)

¹⁹ [Banque mondiale, Madagascar : chiffrer les coûts de la crise politique, 5 juin 2013,
http://www.banquemondiale.org/fr/news/feature/2013/06/05/madagascar-measuring-the-impact-of-the-political-crisis](#)

²⁰ « Les trois principales lignes de fractures identifiées sont la division entre une culture orale de l'autorité et les écrits de l'administration étatique, la

3.2. Cadres républicain et constitutionnel et démocratie paradoxale

Chaque République s'est dotée d'une Constitution, témoignage d'une idéologie, comme en atteste la Constitution socialiste de la 2^{ème} République (1975-1991)... Depuis que l'Etat s'est engagé dans la voie démocratique, après le virage de son président Didier Ratsiraka, alors que le communisme institutionnel s'effondrait en Europe, les deux dernières Constitutions (1992 et 2010), celles de la III^e et de la IV^e Républiques, sont résolument démocratiques et favorables à l'État de droit, mais elles s'inscrivent dans un contexte partiellement biaisé.

La Constitution de 1992, amendée à deux reprises, revendiquait : « l'héritage de société pluraliste et respectueuse de la diversité, de la richesse et du dynamisme de ses valeurs éthico-spirituelles et socioculturelles, notamment, le « fihavanana » et les croyances au Dieu créateur ». La Constitution de 2010 s'inscrivait dans le contexte de la transition, qui s'était installée s'inscrivait, elle, dans le contexte de la transition, qui s'était installée depuis mars 2009, lorsque le président Marc Ravalomanana avait quitté le pouvoir sous la contrainte de la rue. Ces deux dernières Constitutions sont limpides en termes de mécanismes de séparation des pouvoirs et de contrôle réciproque²¹. Un parallèle peut être fait entre les deux textes.

disjonction entre les centres économiques et la périphérie et la séparation concomitante entre une élite principalement urbaine et des régions rurales défavorisées. Ces lignes de fractures entretiennent les conditions pour une haute concentration du pouvoir et de l'influence économique au niveau central, de ce fait affaiblissant paradoxalement la capacité de l'Etat et son action sociale en périphérie. Le cercle vicieux qui en résulte accentue et aggrave continuellement ces trois lignes de fractures », in http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/ccdp/shared/Docs/Publications/PCIA_Madag_FR_WEB.pdf

²¹ Par facilité et par mimétisme, l'on a eu recours à des concepts et des principes que les rédacteurs ne maîtrisaient pas, aboutissant à des

L'Assemblée nationale peut mettre en cause la responsabilité politique du gouvernement alors que le président de la République détient la prérogative de la dissolution de celle-ci. Le gouvernement peut être mis en cause, doublement, tant par l'Assemblée nationale que par le président de la République. Ce dernier peut être destitué par une procédure votée par l'Assemblée nationale. Seule institution à échapper à ces relations croisées, et depuis 1992, le Sénat, qui ne peut être ni mis en cause, ni non plus mettre en cause politiquement une autre instance institutionnelle.

En plus de ces mécanismes de séparation des pouvoirs, facteurs d'équilibre et d'alternance, la dernière Constitution semble avoir ajouté un élément de sophistication marquée en ce qui concerne la procédure de destitution présidentielle. En effet, ne faut-il pas voir, dans le recours à une requête citoyenne comme toute première étape de la destitution, un élément de sophistication constitutionnelle ? La logique sous-jacente ne semble-t-elle pas évidente : l'État malgache craint tout autant le chef de l'État, et sa potentielle corruption, qu'il valorise sa personne et son statut, en tant que le plus grand « raiamendreny » institutionnel ?

Qu'est-ce que la crise de 2015 donne à voir en termes de paradoxe démocratique ? Ne peut-on pas considérer que les moyens donnés par la nouvelle Constitution soulignent la volonté de procéduraliser la vie politique, y compris jusqu'à l'extrême. Ce n'est pas la démocratie qui transparait comme un bien commun partagé mais la volonté d'accéder au pouvoir, coûte que coûte, quel qu'en soit le prix à payer pour le peuple. On peut donc parler de paradoxe démocratique dans la mesure où, doté des institutions les plus abouties, comme la séparation des pouvoirs, comme la subordination du pouvoir à la règle de droit, comme le consentement donné aux traités

[contradictions ou des incohérences qui viennent alimenter des lectures inappropriées du texte constitutionnel.](#)

La procédure de destitution présidentielle

internationaux relatifs aux droits de l'homme, le terreau populaire, l'adhésion politique institutionnelle semblent plus feints que réels. L'adhésion démocratique est de surface mais la profondeur ne l'est pas. Un paradoxe se décèle entre un affichage et une réalité qui s'ignorent.

3.3. Crises politiques, juge constitutionnel et démocratie paradoxale

Madagascar est connu pour ses crises politiques à répétition. Il est possible de donner des statuts différentiels à celles-ci. Prenons l'exemple de trois crises : celles de 1996 et de 2015 qui sont relatives à la destitution des présidents Albert Zafy et Hery Rajaonarimampianina ainsi que celle de 2009, relative à la transition. Les deux premières crises peuvent être comparées dans la mesure où elles concernent toutes deux une procédure de destitution présidentielle, ayant abouti à l'encontre d'Albert Zafy, n'ayant pas abouti à l'encontre de Hery Rajaonarimampianina.

Le raisonnement juridique qui fut tenu par la Haute cour constitutionnelle en 1996²² apparaît beaucoup plus solide que celui tenu en 2015. Après avoir qualifié les manquements reprochés au président de manquement à la Constitution pour violation de la séparation des pouvoirs, le juge constitutionnel avait accompagné l'acte de destitution de trois prescriptions successives. Tout d'abord, à défaut d'installation du Sénat, le chef du gouvernement se voyait attribuer les compétences présidentielles. Ensuite, le juge précisait que les prérogatives de mise en cause de l'Assemblée par le chef du

²² Haute cour constitutionnelle, 4 septembre 1996, décision n° 17-HCC/D3, *Empêchement*. [Voir le commentaire de Rajaona Andrianaivo RAVELONA, « Un événement constitutionnel inédit à Madagascar : la destitution du chef de l'Etat d'un régime parlementaire par l'évocation de sa responsabilité politique », *RFDC*, n° 34, 1998, p. 365. Pour l'auteur, l'évocation de la responsabilité d'un chef d'Etat au sein d'un régime parlementaire pouvait apparaître comme incongrue.](#)

gouvernement, substitué au président de la République, et du gouvernement par l'Assemblée étaient gelées. Enfin, le chef du gouvernement devait mettre en place dans un délai de 30 à 60 jours les nouvelles élections présidentielles. Au total, la Haute cour avait accompagné la crise de façon claire et raisonnable. Il avait rédigé un pacte de gouvernance constitutionnel. Par comparaison, le raisonnement tenu par le juge constitutionnel, en 2015, apparaît beaucoup plus douteux. La recevabilité de la requête en destitution ne s'imposait absolument pas et la mention du « pacte de responsabilité », qui n'a aucun ancrage particulier dans la Constitution, ni dans les pouvoirs du juge, pose problème. Cette mention peut apparaître comme un acte d'opportunité politique que le juge doit absolument proscrire. En l'espèce, de surcroît, le juge avait mentionné que le président devait respecter la séparation des pouvoirs. Le « pacte de responsabilité » est donc plus qu'une référence à l'obligation de respecter la séparation des pouvoirs. Survient encore le questionnement sur le paradoxe démocratique malgache : si le juge constitutionnel, lui-même, ne respecte pas le cadre de son intervention, légal et constitutionnel, alors qu'il est supposé être le défenseur ultime de la loi, quelle autre autorité peut garantir de la démocratie, de façon aussi indépendante et aussi impartiale ?

La crise de la transition de 2009 est, par comparaison, beaucoup plus grave. Le phénomène de transition mérite en effet la qualification de transgression constitutionnelle, ce qui est beaucoup plus grave que les reproches de violation constitutionnelle précédemment opposés aux deux présidents de la République.

La crise de 2009 peut être analysée en quatre étapes. La première remonte au 17 mars lorsque le président transmet de façon inconstitutionnelle son pouvoir, d'abord, à un comité militaire et celui-ci, ensuite, au maire de la ville d'Antananarivo. Seul, en effet,

La procédure de destitution présidentielle

peut recevoir le pouvoir par intérim le président du Sénat ou, selon la solution de 1996, le chef du gouvernement. Deuxième étape, le 18 mars, La Haute cour valide par une « lettre » cette transmission du pouvoir²³. L'ambiguïté est poussée à son comble : la procédure qui était évidemment extra constitutionnelle possède bien un effet validant. Un bel exemple de paradoxe. Troisième étape, le 19 mars : sur la base de cette validation, un régime transitionnel extra constitutionnel est mis en place. Dernière étape, le 23 avril, la Cour valide le régime de la transition²⁴. Le raisonnement est là encore d'une évidente ambiguïté. Alors que le juge a analysé l'accession au pouvoir du président de transition comme ne répondant pas aux prescriptions constitutionnelles, il n'en considère pas moins que : « il échêt de prendre acte du motif de la décision prise dans cette ordonnance comme étant le constat de circonstance qui prévalait et la nécessité de sauvegarder le principe de la continuité de l'Etat ».

Avec ses prises de position, le juge constitutionnel malgache a bel et bien validé l'existence d'un régime de transition, qui est juridiquement inconstitutionnel. En effet, ce régime ne peut se prévaloir ni du droit constitutionnel commun (la Constitution de 1992 amendée), ni du droit constitutionnel des circonstances exceptionnelles. Mais son intervention a été déterminante, en termes de légitimation d'un pouvoir extra constitutionnel.

Ce que le juge constitutionnel a validé s'apparente ni plus ni moins à une déconstitutionnalisation du contrat social, entendue comme une amputation de la Constitution. Certes, le juge constitutionnel n'en était pas à l'origine, il ne l'avait pas initiée, mais il l'a accompagnée. Quel autre scénario aurait été possible ? Aurait-il pu, par exemple,

²³ Haute cour constitutionnelle, 18 mars 2009, décision n° 79-HCC/G, *Andry Rajoelina, Président de la Haute Autorité de Transition*.

²⁴ Haute cour constitutionnelle, 23 avril 2009, décision n° 3-HCC/D2, *Requêtes relatives à la situation de transition*.

déclaré le transfert de pouvoir inconstitutionnel et ainsi se positionner contre le régime de transition ? Quel rapport de force cette opposition aurait-elle engendré ? Il s'agit là de spéculations et nul ne peut y répondre aujourd'hui, pas plus qu'hier.

Le choix validant du juge, ouvrant la voie de la déconstitutionnalisation, a été compensé par un mouvement de « reconstitutionnalisation ». On peut en effet considérer que la Constitution a été remise sur pied, étape par étape, par un long travail de reconstruction destiné à rendre son autorité à la règle de droit constitutionnel. On peut en voir trois illustrations. Première illustration : la décision constitutionnelle du 23 avril 2009, grâce à laquelle le juge constitutionnel a fait valoir que, même en période de transition, demeurent applicables le principe de la séparation des pouvoirs, le principe de l'intégrité territoriale, la forme républicaine du gouvernement et les valeurs culturelles de la Nation. Deuxième illustration, l'avis du 31 juillet 2009²⁵. Il s'agit, pour le juge, d'affirmer la permanence de valeurs et de principes qui reste opposables en période de transition. Sont considérés les principes généraux du droit, les principes généraux du droit constitutionnel, les traités internationaux, les valeurs spirituelles de la Nation, les textes transitionnels. Troisième illustration, la feuille de route du 17 septembre 2011, négociée entre les acteurs politiques malgaches et la communauté internationale²⁶. Ultime charge de la démocratie paradoxale ? Le juge constitutionnel prend acte de l'insertion de la feuille de route dans l'ordre juridique malgache et se considère comme incompétent « pour devenir le juge de l'opportunité des

²⁵ Haute cour constitutionnelle, 31 juillet 2009, Avis n° 2-HCC/AV, *Interprétation de l'article 53 de la Constitution*.

²⁶ Haute cour constitutionnelle, 26 décembre 2011, décision n° 15-HCC/D3, loi n° 2011-014 portant insertion dans l'ordonnancement juridique interne de la Feuille de Route signée par les acteurs politiques malgaches le 17 septembre 2011.

La procédure de destitution présidentielle

mesures et engagements politiques destinés au retour à la normalité constitutionnelle ». Cela signifie qu'il s'agit d'un acte politique que le juge n'a pas à en contrôler la teneur. Mais en même temps, *«en tout état de cause, la mise en œuvre des mesures prévues dans la Feuille de route doit rester conforme aux règles constitutionnelles en vigueur»*. Cela signifie que, explicitement, sa mise en œuvre est de nature juridique et, implicitement, que la feuille de route a valeur constitutionnelle.

Madagascar, démocratie paradoxale ? Qu'est-ce qui l'emporte du paradoxe ou de la démocratie ? Chacun se fera son opinion, mais le retour à une normalité démocratique à Madagascar, semble indiquer que le chemin démocratique s'y trace malgré tout.

LA RESPONSABILITE DU JUGE DEVENIR D'UNE IMPOSSIBILITE

**par André Cabanis et Michel Louis Martin,
professeurs émérites à l'Université Toulouse 1 Capitole**

Traditionnellement, dans les mentalités collectives et notamment au sein du corps judiciaire, la formule « responsabilité du juge » paraît relever de l'oxymore. Parmi tous les emplois publics, qu'ils soient exercés au nom de la religion, d'un monarque ou de l'État-nation et dont les titulaires se perçoivent de manière assez unanime – quand ils ne pensent pas également être perçus - comme ne pas avoir à être soumis au devoir de répondre de leurs fautes éventuelles, il n'en est aucun qui revendique l'impunité avec plus de véhémence que le magistrat. L'argument doctrinal généralement employé tourne autour de l'idée que, titulaire d'une part de souveraineté, celui qui doit trancher les litiges et punir les coupables, ne saurait être assujéti au contrôle de qui que ce soit.

Dans cette perspective, quelle que puisse être la légitimité du juge, qu'il soit censé exprimer une volonté divine, qu'il se réclame d'une délégation royale ou qu'il se place sous la protection de valeurs démocratiques, nul ne saurait prétendre le sanctionner pour quelque fait que ce soit. Les analyses de Montesquieu à l'origine de la séparation des pouvoirs, qui font du pouvoir judiciaire l'une des composantes de l'autorité suprême à égalité avec le chef de l'État et son gouvernement d'une part et avec les assemblées représentatives d'autre part, confortent la magistrature dans sa conviction d'avoir une

place tout à fait à part parmi les corps d'agents publics. Au surplus, le principe d'indépendance de la justice, gage de son impartialité, qui s'est affirmé avec la révolution démocratique a tendance à refuser dans une large mesure la mise en œuvre d'une quelconque responsabilité des magistrats dans l'exercice de leurs fonctions¹.

D'un point de vue plus pratique, le constat que le juge est, plus que tout autre, de par sa fonction répressive, exposé à l'éventuelle vindicte de ceux contre lesquels il est appelé à se prononcer, conduit à souhaiter le mettre autant que possible à l'abri, ne fût-ce pour qu'il ne soit pas gêné dans ses missions d'arbitrage dans les conflits intervenant entre particuliers, ainsi que dans ses fonctions de chargé du maintien de l'ordre au nom de la préservation de l'intérêt général. L'argument est si déterminant que d'autres corps de métier, dont la délicatesse des fonctions entraîne une vulnérabilité à des vengeances publique et privée, telle la police ou l'armée, s'efforcent de bénéficier d'une immunité comparable dans la poursuite de leur mission. Il est révélateur que ce soient seulement les juges qui ont pu préserver ces privilèges. Il est vrai qu'avec le système des appels successifs d'une juridiction l'autre, ils peuvent arguer que leur autorité est devenue moins absolue qu'aux premiers temps, à l'époque où chaque sentence était définitive et immédiatement exécutoire. En même temps, le risque d'être désavoués par une juridiction supérieure n'entraîne pour eux aucune conséquence vraiment préjudiciable.

1. Trois types-idéaux de juges

Cette irresponsabilité, qui constitue une des composantes centrales de la figure du juge, a connu quelques nuances en fonction du rôle que la société a attendu de lui au cours de l'histoire,

¹ Robert BADINTER, « Indépendants mais responsables » *Nouvel Observateur*, 10-16 septembre 1998.

La responsabilité du juge

notamment pour ce qui est de la France, à cet égard plus ou moins représentative de l'évolution des analyses en Europe². Avec la sécularisation de la justice, à partir du XII^e siècle, le juge se voit successivement confier trois missions qui tendent à lui faire jouer un rôle dans la lutte contre les grandes craintes qui traversent la société d'alors.

Au Moyen Âge et aux Temps Modernes, il s'agit de mettre fin aux tendances centrifuges qui, sous l'influence des féodalités, des corporations et des institutions ecclésiastiques, s'opposent à la mise en place de l'État-nation. C'est ainsi que les parlements - placés à la tête de l'autorité judiciaire - vont s'attacher à consolider l'autorité royale tout au long de l'Ancien Régime. C'est au XVIII^e siècle, que, outrepassant les attentes, ils s'arrogent un droit de contrôle sur le pouvoir politique, bloquant les réformes nécessaires, ce qui contribue à provoquer la Révolution française qui entraîne leur disparition.

Au XIX^e siècle, le péril se déplace aux yeux des dirigeants. Ce sont les luttes populaires et les contestations sociales qui effraient désormais. On attend du juge, à tous les niveaux de la hiérarchie, qu'il

² Pour une étude de droit comparée des conditions de mise en cause de la responsabilité pénale et civile du juge : Guy CANIVET et Julie JOLY-HURARD, « La responsabilité des juges, ici et ailleurs », *Revue internationale de droit comparé*, 2006, n° 4, p. 1049 à 1093. V. Notamment la conclusion : « Dépassant la faute individuelle du juge, selon les principes de la démocratie participative, le contrôle direct des citoyens porterait alors sur le fonctionnement même des juridictions. Est-ce à cette condition que, là où il est rompu ou distendu, se rétablirait le lien nécessaire de confiance entre la société et la justice ? ». En Espagne, la responsabilité civile des magistrats peut être prononcée en cas de faute lourde, ce qui se traduit par le fait qu'ils souscrivent une assurance spéciale pour se couvrir contre ce risque. En Italie, cette responsabilité peut être également mise en œuvre sur autorisation de la Cour d'appel. Là, le contrat d'assurance est souscrit par l'Association nationale des magistrats. En fait cette responsabilité est rarement prononcée comme en témoigne le fait que ces assurances ne coûtent que quelques centaines d'euros par an.

participe au maintien de l'ordre et au respect de la propriété. Là encore, il va, par une tendance assez naturelle, prendre position au-delà des consignes qui lui sont prodiguées et devenir l'instrument d'une politique conservatrice faisant obstacle à certaines réformes sociales.

De nos jours enfin -troisième figure- il se voit confier par l'opinion dominante une fonction de contrôle des puissants, que ce soit au plan social pour protéger les défavorisés, au plan économique pour lutter contre les abus de positions dominantes, au plan politique contre tout ce qui pourrait faire figure de près ou de loin à de la corruption. Là encore, au-delà des termes de leur mission, les magistrats tendent à échapper au contrôle de ceux qui les ont mis en place, en imposant leur propre logique, avec des mesures parfois drastiques contre les possédants, contre les patrons, contre les politiciens³.

Ces attermolements affectent évidemment la question de la responsabilité des juges. Aussi souvent qu'ils sont au service de l'idéologie dominante, ils sont trop utiles pour que l'on songe réellement à les sanctionner collectivement, sauf en cas d'abus éminemment notoires. À la faveur de la vénalité des offices, sous la monarchie d'Ancien Régime, de l'inamovibilité au XIX^e siècle, de la légitimité résultant du système des concours et de l'indépendance

³ « Trois figures différentes et successives -une quatrième s'esquisse peut-être aujourd'hui- ont marqué les relations entre le juge et le politique depuis un demi millénaire. Apparue en fonction des attentes du pouvoir politique et du souci des magistrats de les satisfaire, chacune d'entre elles, *grosso modo*, correspond pour la première à l'Ancien Régime, pour la seconde au XIX^e siècle et le début du suivant, la troisième jusqu'à ces dernières années. Par ailleurs, chaque fois, semble-t-il, la posture en honneur tend à se corrompre graduellement, remplacée un temps par sa version « déviante » : André CABANIS et Michel Louis MARTIN, « La justice depuis le XIX^e siècle : attentes sociales et dérives professionnelles », in Jacques KRYNEN et Jacques RAIBAUT (dir.), *La légitimité des juges*, Toulouse, Presses de l'Université, 2004, p. 25-36.

La responsabilité du juge

progressivement reconnu au Conseil supérieur de la magistrature, les magistrats voient leur position consolidée et se sentent à l'abri de poursuites éventuelles, hors cas de faute manifeste. Lorsqu'ils outrepassent les missions qui leur ont été confiées, jusqu'à se retourner contre ceux qui les leur ont confiées, l'ambiance change. Les monarques du XVIII^e siècle tentent de reprendre en main l'institution judiciaire, ce dont témoigne la réforme Maupeou à la fin du règne de Louis XV. Attestent également du mécontentement de la classe politique, les épurations des débuts de la III^e République et liées à l'arrivée de la gauche au pouvoir. De nos jours, l'exaspération de certains élus se traduit notamment par la mise en cause du Syndicat de la magistrature⁴. Dans toutes ces circonstances, le corps judiciaire se défend assez bien, revendiquant le monopole du prononcé des sanctions contre ses membres, mais évitant, sauf cas individuels particulièrement scandaleux, de s'en prendre à l'un des siens.

2. Extension du domaine de la responsabilité professionnelle

Le développement des règles de responsabilité déclenchées par les juges eux-mêmes est sans doute de nature à menacer cette tendance à l'immunité. Depuis une trentaine d'années et à l'imitation du système anglo-saxon, la justice en Europe incline, chaque fois qu'un préjudice a été causé, à rechercher systématiquement un responsable, de préférence situé le plus haut possible dans la hiérarchie, afin qu'il soit solvable⁵. Si ajoute une disposition générale à

⁴ La question de la mise en cause du personnel politique par les juges ne se pose évidemment pas seulement en France. V. Véronique PUJAS, *Scandales politiques en France, en Italie et en Espagne : construction, usage et conflits de légitimité*, thèse Institut universitaire de Florence, 1999.

⁵ « Les sociétés développées réagissent comme si elles étaient parfois tentées de revenir à des formes primitives de responsabilité. L'opinion semble avoir de plus en plus de peine à accepter qu'un dommage ou un malheur soit

considérer que le rôle du juge n'est pas de sanctionner le subordonné, celui qui a été directement à l'origine de la faute, mais de remonter le plus haut possible la chaîne des commandements. L'argument fréquemment utilisé consiste à considérer que c'est celui qui exerce l'autorité en dernier lieu qui est tenu de veiller à la régularité des procédures et au respect des protocoles de haut en bas. L'arrière-pensée dont on n'ose pas toujours faire état, mais qui demeure en arrière-plan doit être recherchée dans la conviction qu'en imposant des rythmes de travail trop intenses, le patron contraint ses salariés à prendre des risques et à sauter certaines étapes dans les processus de contrôle théoriquement prévues.

Au-delà même de la mise en cause des possédants, de ceux qui sont censés tirer profit de l'accélération des rythmes de travail et de l'alourdissement des charges, le juge en vient à outrepasser l'idée que l'importance des revenus doit, en quelque sorte, permettre de calibrer la responsabilité. Il en vient à décider que tout titulaire d'autorité doit veiller au respect des procédures de sécurité quelle que soit la modestie des rémunérations dont il bénéficie.

Cette évolution concerne en premier lieu, d'une part les élus locaux, aux rémunérations souvent très limitées par rapport aux enjeux financiers de la responsabilité qui peut leur être imputée, d'autre part aux fonctionnaires, en principe protégés sur le plan financier par les institutions dont ils dépendent, mais vulnérables aux conséquences psychologiques et humaines liées aux décisions du juge. Cette tendance à l'extension de la responsabilité est relayée par le barreau qui, inspiré des méthodes de leurs homologues américains,

imputé à la fatalité [...] Il faut trouver un responsable et même de préférence un coupable », André CABANIS et Michel Louis MARTIN, « Le juge et l'entrepreneur : perspective historique », in Jacques IGALÉNS (dir.), *Tous Responsables*, Paris, Editions d'Organisation, 2004, p. 18.

La responsabilité du juge

ont compris toutes les ressources qu'il pouvait tirer de ce type de contentieux⁶.

La technique à laquelle il est recouru en France consiste à se situer sur le terrain pénal étant entendu que, selon la vieille formule du droit de l'Ancien Régime, « le pénal tient le civil en l'état ». Dans la mesure où l'on peut obtenir une condamnation au plan correctionnel, fût-ce symbolique, il est facile ensuite de se retourner sur le terrain de la responsabilité civile. Cette tendance suscite évidemment un certain nombre d'appréhensions dans le secteur public. Les protestations des chefs d'entreprise se sont longtemps heurtées à une tendance, au sein de l'opinion, à considérer que les avantages financiers dont ils bénéficiaient légitimaient une responsabilité plus lourde. Ce n'est pas tout à fait le cas lorsque sont mis en cause des élus locaux (notamment les maires de petites communes) ou des fonctionnaires (par exemple les directeurs d'école) aux émoluments parfois modestes.

La question de la responsabilité du juge se trouve affectée par la remise en cause de ces catégories qui paraissaient protégées par leur statut ou par la nature de leurs fonctions. La tentation d'envisager d'étendre au juge la responsabilité qu'ils font eux-mêmes peser sur l'ensemble des citoyens, quel que soit leur niveau de pouvoir, est renforcée par le fait que le personnel politique est moins épargné qu'aucune autre catégorie.

Dans un premier temps, les parlementaires ont plutôt eu tendance à chercher à limiter l'extension de la responsabilité par les juges⁷,

⁶ « Responsabilité, élargissement d'un concept juridique », in IGALENS, *op. cit.*, ch. 3.

⁷ En 2000, l'arrêt Perruche rendu par la Cour de cassation réunie en assemblée plénière prononce la responsabilité d'un médecin, coupable de ne pas avoir décelé, à l'occasion d'une échographie, le possible handicap d'un enfant à naître et décide une indemnisation au profit de l'enfant. Cette décision aura pour conséquence un plus que doublement des primes d'assurances des obstétriciens qui menacent d'interrompre les échographies.

notamment au moyen de formules impliquant « une violation manifestement délibérée » d'une loi ou d'un règlement. Les magistrats ont souvent contourné la condition en établissant une présomption de connaissance chez les titulaires d'une fonction d'autorité. En même temps, en cas d'erreur d'appréciation commise notamment par les juges d'instruction, la tendance des instances disciplinaires est plutôt à l'indulgence comme on l'a vu dans l'affaire Outreau. Il y a un contraste flagrant entre le préjudice causé à ceux qui ont été finalement mis hors de cause, et la « réprimande avec inscription au dossier » infligée par le Conseil supérieur de la magistrature au magistrat instructeur. Il faut aussi tenir compte de la couverture médiatique de l'affaire⁸, marquée par la retransmission télévisée des réunions de la commission d'enquête parlementaire⁹.

Il faut une loi du 4 mars 2002 pour que le champ de cette responsabilité soit limité, ce qui d'ailleurs indignait certains magistrats.

⁸. Brice GRAVELLE, « Le traitement médiatique de l'Affaire Outreau : un exemple du fonctionnement du champ médiatique dans l'engrenage d'un fait-divers », mémoire IEP Toulouse, 2011 ; également Gilles ANTONOWICZ, *La faiblesse des hommes. Histoire raisonnable de l'affaire Outreau*, Paris, Max Milo, 2013.

⁹ La commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement présente, dans son rapport final, quinze propositions dont la douzième évoque la possibilité de « responsabiliser les magistrats » de façon à mieux prévenir et évaluer les fautes. Cet objectif implique d'améliorer l'évaluation des magistrats, de favoriser une culture de contrôle interne et de développer les contrôles externes. De ce dernier point de vue, sont souhaités la saisine du médiateur de la République, la saisine du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) avec réforme de sa composition. Sont enfin examinées les conditions d'une éventuelle sanction, soit au plan de la responsabilité civile, soit sur le terrain disciplinaire, n cas de « méconnaissance manifeste des principes de la procédure civile et pénale ».

3. Difficulté d'une éventuelle mise en œuvre de la responsabilité des juges

La plupart des juristes s'interrogent sur les voies que pourraient prendre la mise en cause de la responsabilité des juges par des normes de niveau législatif. Il paraîtrait sacrilège que ce soit des autorités extérieures au pouvoir judiciaire qui prononcent des sanctions. D'un autre côté, la capacité des magistrats à mettre en œuvre des interprétations correspondant à leurs objectifs et la propension, d'ailleurs générale des membres des professions à se protéger entre eux, risque de rendre inopérante toute forme de renforcement des contrôles. Ce ne saurait être que par une réitération obstinée de la part du législateur des injonctions à imputer au juge personnellement la réparation des conséquences de leurs décisions qui permettrait de sortir de ce dilemme.

Il convient d'observer également que l'opinion publique se montre de plus en plus exigeante vis-à-vis de tous ceux que leur fonction conduit à disposer de pouvoirs importants. La portée de leurs décisions est telle qu'il paraît normal que chacune d'entre elles soit soigneusement pesée et que l'on ne se contente pas du fait qu'elle a été prise de bonne foi, ni même que tous les éléments nécessaires aient été rassemblés ; c'est la qualité de l'appréciation qui est exigée. L'erreur de jugement est de plus en plus difficilement admise. Il est vrai que les conséquences d'une erreur judiciaire peuvent être considérables, au-delà même de la période de détention et du montant de l'amende : perte de réputation, dégâts psychologiques, hypothèque sur le déroulement de vie professionnelle, destruction de la vie familiale, parfois suicide....

Les médias ne font pas de cadeaux pas plus aux juges qu'aux autres catégories de décideurs. Comme il doit, ils exigent tout et son contraire. Ils reprocheront avec une égale véhémence, d'une part

l'injuste période de détention préventive, imposée à celui qui a finalement été mis hors de cause, mais après avoir été atteint psychologiquement, d'autre part la libération imprudente d'une personne, relaxée faute de preuves ou d'un condamné considéré comme inoffensif et qui commet une récidive. Les juges doivent évoluer entre ces préoccupations contradictoires. La tentation d'expliquer qu'ils ne peuvent pas exercer leur métier, sans prescrire un minimum de contrainte, sauf à laisser de dangereux criminels en liberté, rencontre l'argumentation présentée par toutes les catégories professionnelles selon lesquelles leur métier nécessite la prise de certains risques. Le refus des magistrats de prendre en compte un tel argument se retourne alors contre eux. Mais ils se rendent bien compte que leur principale protection est l'idée de représenter le troisième pouvoir, donc de refuser d'être considérés comme relevant de la logique imposée à l'ensemble des dirigeants dans les divers domaines de l'économie ou du social. Il est vrai que certaines initiatives, telle celle prise par des membres du Syndicat de la magistrature avec le « mur des cons », sont inégalement appréciées par l'opinion publique et sont toujours susceptibles de jouer à contre rôle¹⁰.

4. Sur cette question de la responsabilité du juge et surtout en relation à l'indépendance, les juristes américains ont conduit une réflexion qui correspond aux spécificités locales mais qui peut éclairer la doctrine

¹⁰ Voir J. KRYNEN, « Petit factum sur un vaste mur », in *Etudes offertes à Jean-Louis Harouel*, Paris 2015 : « Nous pensons que le CSM a terriblement failli en s'effaçant. Le scandale du mur des cons aurait pu lui permettre d'accréditer auprès de l'opinion son rôle d'instance morale suprême de la magistrature. Il n'en a rien été. Lui qui, réforme constitutionnelle après réforme constitutionnelle, porte les espoirs d'une saine administration de la Justice au sein de l'Etat de droit, n'a même pas osé déclarer dans un simple « avis » que le syndicalisme judiciaire exige de la décence. »

La responsabilité du juge

francophone¹¹. Comme il se doit, les opinions ne sont pas unanimes. Deux directions, pour résumer, se donnent à distinguer. Une première analyse se fonde sur le fait que compte tenu de l'importance de la jurisprudence, le juge se voit reconnaître une quasi fonction de législateur et qu'ils soient élus ou directement nommés par des autorités élues, ils participent à la démocratie. À certains égards, l'opinion publique l'honore d'un niveau de confiance qui paraît plus élevé que la classe politique au sens strict. Qu'il s'agisse de la tentation de la démagogie ou de la tendance à la corruption, le magistrat apparaît *a priori* mieux préservé que le membre d'une assemblée ou d'un exécutif, que ce soit au plan national ou local. Les tenants de cette thèse parleront même de « courtocratie », pour évoquer le rôle des Cours de justice, particulièrement les Cours constitutionnelles, en matière de consolidation démocratique, notamment en assurant l'extension et la protection des droits de la citoyenneté. Leur démonstration dépasse même le cadre des États-Unis, pour s'étendre à d'autres pays du monde¹². Nous ajouterons qu'au-delà même de l'espace plus ou moins influencé par le droit anglo-saxon, la même tendance se constate en Afrique francophone notamment dans certains pays d'Afrique subsaharienne ; tel est bien le rôle utile que joue par exemple la cour constitutionnelle béninoise¹³.

Dans cette perspective la responsabilité du juge ne saurait être mise en cause sans s'exposer à de graves préjudices. Non seulement, une telle démarche risquerait de sanctionner un magistrat qui ose

¹¹ G. Alan TARR, *Without Fear or Favor. Judicial Independence and Judicial Accountability in the States*, Palo Alto, Stanford University Press, 2012.

¹² Kim L. SCHEPPELE, « Democracy by Judiciary (Or Why Courts Can Sometimes be More Democratic than Parliaments) », communication à l'Université Washington, 2001.

¹³ Frédéric Joël AIVO, *Le juge constitutionnel et l'État de droit en Afrique. L'exemple du modèle béninois*, Paris, l'Harmattan, 2006.

prendre ses responsabilités en défendant les droits de l'homme et, par-delà la démocratie, mais d'une façon générale le risque encouru se traduirait par une tendance à la paralysie de l'institution judiciaire pétrifiée à l'idée que leurs sentences les plus généreuses risquent de leur être mise à charge.

À l'inverse, d'autres auteurs ont plutôt tendance à contester la nature bénéfique de l'extension du champ d'action et des pouvoirs du juge. Il y aurait bien sûr les arguments officiels figurant dans la jurisprudence : la nécessité de fournir au citoyen un cadre d'action incontestable, délimitant pour chacun les bornes de ses droits et de ses devoirs. Il y aurait la nécessité de définir une règle du jeu sur laquelle chacun pourrait caler son action. En fait, le juge serait moins au service de principes généraux, généreux et rassurants que participant à une élite politique qu'il protège, désireuse de fixer les valeurs qui sous-tendent sa domination. Il s'agirait pour cet ensemble de dirigeants, personnels politiques, magistrats, technocratie administrative, chefs d'entreprise, de s'isoler de la grande masse de la population afin de fixer un droit qui leur serait favorable. Les auteurs tenants de cette thèse parleront plutôt de « justocracy », fondée sur le refus des droits sociaux partisans d'une limitation du rôle de l'État¹⁴.

Dans ce contexte, la responsabilité du juge retrouve de la pertinence. En effet, elle peut être incriminée à deux niveaux. D'abord, il peut lui être reproché d'être au service d'une classe dominante dont elle protégerait les intérêts. Par ailleurs, le citoyen serait fondé à le critiquer de ne pas suffisamment défendre ses droits. Dans la logique de la multiplication des droits à protéger, le juge se verrait reconnaître des obligations que l'on pourrait lui reprocher de ne pas remplir en se montrant trop respectueux des situations

¹⁴ Ran HIRSCHL, *Towards Justocracy. Origins and Consequences of New Constitutionalism*, Harvard, Harvard University Press, 2004.

La responsabilité du juge

acquises. Ainsi en est-il du droit à indemnité qui pourrait être réclamer soit par la victime d'un délit ou d'un crime dont le coupable n'a pas été trouvé, soit par celui qui considère avoir été mal traité par le système judiciaire sans que sa culpabilité n'a pu être prouvée. Dès lors, la responsabilité du juge opère au détriment de l'indépendance.

L'on ajoutera que dans les constitutions d'Afrique francophone, les développements traditionnellement consacrés à l'indépendance du juge ont tendance à diminuer au profit des droits du justiciable.

5. L'exemple du constitutionnalisme maghrébin

A s'en tenir à l'exemple du constitutionnalisme maghrébin, cette reconnaissance des droits du justiciable se pose en une sorte de nouveauté, du moins par le luxe de détails qui l'entoure généralement. Si le principe d'une égalité des citoyens devant le droit et la justice est acquis depuis longtemps, les textes innoveront par l'affirmation ostensible et détaillée de la volonté de protéger les justiciables contre les arrestations ou les détentions arbitraires, contre des procès organisés de façon expéditive, également contre l'inexécution des décisions de justice par une administration plus ou moins attentive aux injonctions que lui adressent les juges.

Les trois pays du Maghreb central y font référence dans la déclaration des droits - encore modeste - qui ouvre, chaque fois, leur première Constitution. Pour ce qui est du texte tunisien de 1959, l'inviolabilité du domicile et le secret de la correspondance précèdent trois articles sur la liberté de circulation et sur la présomption d'innocence qui ne peut être levée à l'encontre d'un prévenu qu'« à la suite d'une procédure lui offrant les garanties indispensables à sa défense » (art. 10 à 12). La Constitution marocaine de 1962 subordonne l'arrestation, la détention et les perquisitions, ainsi que les « vérifications » [sic] aux cas, conditions et formes prévus par la

loi¹⁵. En Algérie, il est fait référence, dès le texte de 1963, à ce que « nul ne peut être arrêté ou poursuivi que dans les cas prévus par la loi, devant les juges qu'elle désigne et dans les formes qu'elle prescrit », disposition précédée par la reconnaissance de l'inviolabilité du domicile et du secret de la correspondance (art. 14 et 15). D'une façon générale, ces libertés garanties par les premières lois fondamentales intervenues au lendemain des indépendances font une large place aux droits dits « de la première génération¹⁶ », parfois qualifiés de « libertés bourgeoises » par la doctrine marxiste. Nul doute que la répression dont furent victimes, de la part des autorités coloniales, les combattants pour l'indépendance n'ait constitué une incitation pour introduire, dans les nouvelles lois fondamentales, des dispositions tendant à éviter le renouvellement de telles pratiques, une fois récupérée la pleine souveraineté du pays. Il n'est pas sûr que l'on y soit toujours parvenu.

Par la suite, au fil des révisions successives ou de rédactions entièrement nouvelles, ces différentes garanties vont finir par se préciser¹⁷. Dès 1961, la Mauritanie s'aligne sur ses voisins du Maghreb

¹⁵ Articles 10 et 11 (secret de la correspondance). Repris textuellement dans les constitutions de 1970, 1972, 1992 et 1996.

¹⁶ Il s'agit là d'une caractéristique commune à la plupart des constitutions africaines de l'indépendance. Cf. A. CABANIS et M. L. MARTIN, *Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Bruxelles, Academia Bruylant, 2010, p. 26 à 29.

¹⁷ Elles font une large place à la protection des personnes gardées à vue. L'on sait que c'est un domaine auquel les organisations non gouvernementales qui se veulent en charge de la dénonciation des atteintes aux droits de l'homme tant dans les pays développés qu'en développement, portent une grande attention. Pour s'en tenir au *Rapport 2014-2015 d'Amnesty International* et pour ce qui est des aspects juridictionnels qui nous intéressent ici, il rappelle qu'en Algérie les demandes demeurent importantes à propos des personnes disparues pendant les années 1990 et que les femmes sont victimes de discriminations ce qui a provoqué des *initiatives* des autorités (p. 70-71), qu'au Maroc le fait qu'aient été signalés des cas de torture et de mauvais traitement en détention a provoqué l'envoi d'une lettre du ministre de la Justice et des Libertés aux procureurs et aux juges pour les inviter à ordonner des examens médicaux légaux (p. 296), qu'en Mauritanie l'esclavage

La responsabilité du juge

avec la protection contre les arrestations arbitraires, confiée à l'autorité judiciaire, cette dernière qualifiée de gardienne de la liberté individuelle¹⁸, et mentionnée dans le titre consacré à la justice (art. 49). En 1976, l'Algérie ajoute toute une série de précisions et de garanties aux droits déjà proclamés. S'agissant des arrestations, il est indiqué que la garde à vue ne peut excéder 48 heures, sauf exceptions fixées par la loi et sous réserve qu'elle puisse être suivie d'un examen médical à la demande de la personne retenue. Pour ce qui est de l'inviolabilité du domicile, aucune perquisition ne peut avoir lieu qui ne soit décidée par le juge et dans le respect de la loi. Enfin le secret de la correspondance est rapproché de la protection de la vie privée et étendu à toutes les formes de communication privée (art. 49 à 52). Pour faire bonne mesure, est ajoutée la reconnaissance des principes de non rétroactivité de la loi pénale et de la présomption d'innocence (art. 45-46). Surtout, est posé - principale innovation, riche de conséquences pour l'avenir - le fait que « l'erreur judiciaire entraîne réparation par l'État » (art. 47). L'ensemble de ces innovations seront conservées dans la Constitution de 1989 qui se borne à ouvrir à la personne gardée à vue « le droit d'entrer immédiatement en contact avec sa famille » (art. 45). Enfin, pour ce qui est de la Tunisie, en 2002, une révision du texte de 1959 prend également en compte les problèmes de la garde à vue en la soumettant au contrôle judiciaire tandis que la détention préventive ne peut désormais avoir lieu que « sur ordre juridictionnel » (art. 12).

Pour ce qui concerne les textes en application aujourd'hui, les innovations apportées sont variables. La loi fondamentale

demeure pratiqué bien qu'ayant été érigé en infraction pénale et justiciable d'un tribunal spécial mis en place en décembre 2013 (p. 299), qu'en Tunisie des tortures ont été infligées à des détenus bien que « la Constitution adoptée en janvier contenait des garanties importantes dans le domaine des droits humains » (p. 460-461). De fait, on ne peut exclure que certaines révisions constitutionnelles –y compris en Europe- tiennent compte de ces dénonciations.

¹⁸ A. CABANIS et M. L. MARTIN, « Le juge judiciaire protecteur de la liberté individuelle : les origines anglaise et française et les adaptations ultra méditerranéennes », *Revue franco-maghrébine de droit*, 1993, p. 43 à 60.

mauritanienne de 1991 suit le mouvement général avec un nouvel article qui, pèle mèle, introduit le principe de présomption d'innocence, subordonne l'arrestation et la détention aux cas déterminés par la loi et garantit l'inviolabilité de la personne humaine, de son domicile et de sa correspondance (art. 13). En Algérie, le texte de 1996 reprend les dispositions de 1989, mais il vaut de noter que le projet de révision annoncé par le chef de l'État envisage quatre modifications dans le domaine qui nous intéresse ici : le droit à un « procès équitable », l'interdiction de toute détention ou emprisonnement dans un lieu non prévu par la loi, l'obligation d'informer la personne gardée à vue de son droit d'entrer en contact avec sa famille, enfin l'obligation de procéder à un examen médical pour tout mineur au terme de sa garde à vue (art. 12 à 14).

Au Maroc, ce sont les dispositions sur la garde à vue et sur la protection du domicile et de la correspondance qui font l'objet de développements importants. Deux nouveautés significatives ont introduites en cas de détention : la première réside dans l'obligation d'informer la personne détenue de ses divers droits (motifs de la mesure prise à son encontre, droit de garder le silence, bénéfice « au plus tôt » d'une assistance juridique et d'une communication avec ses proches) ; la seconde tient à la qualification de « crimes de la plus grande gravité » et de « sanctions les plus sévères » en cas de détention arbitraire ou secrète ou de disparition forcée (art. 23)¹⁹. Quant au secret des communications privées, il est indiqué que « seule la justice peut autoriser [...] l'accès à leur contenu, leur divulgation totale ou partielle ou leur invocation à la charge de quiconque » (art. 24). En Tunisie, enfin, la Constitution de 2014 ajoute à la présomption d'innocence, l'information de ses droits au profit de la personne détenue, y compris l'indication des charges retenues contre lui et la possibilité de se faire représenter par un avocat. Enfin, elle invite l'État à considérer l'intérêt de la famille du détenu et à veiller à la réhabilitation et à la réinsertion de ce dernier (art. 27 à 30).

¹⁹ Qui mentionne également la possibilité de bénéficier de programmes de formation et de réinsertion.

La responsabilité du juge

Les titre ou chapitre consacrés au pouvoir judiciaire dans les nouvelles dispositions constitutionnelles marquent également la volonté d'intégrer les droits du justiciable et de ne pas se borner à protéger l'indépendance du juge. En Algérie, en 1996, les articles de la loi suprême tendent à surmonter les problèmes du temps : aux réticences des justiciables, il est répondu que le juge « est accessible à tous » (art. 140) ; à la crainte de contester les décisions des autorités publiques, il est répliqué que « la justice connaît des recours à l'encontre des actes des autorités administratives » (art.143) ; face aux répugnances des agents d'autorité à se soumettre aux sentences des magistrats, il est indiqué que « tous les organes qualifiés de l'État sont requis d'assurer en tous temps, en tout lieu et en toute circonstance, l'exécution des décisions de justice » (art. 145). Au Maroc, ce sont douze articles qui sont regroupés sous le titre « Des droits des justiciables et des règles de fonctionnement de la justice ». Ils proclament la présomption d'innocence, le droit d'accès à la justice et à un procès équitable, sa gratuité pour ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, la publicité des audiences, la motivation des jugements... Ne sont oubliées ni la réparation des erreurs judiciaires, ni la bonne exécution des jugements à laquelle les autorités publiques sont enjointes de prêter leur assistance (art. 117-128). Certains de ces éléments se retrouvent dans le texte tunisien de 2014 : droit à un procès équitable, égalité devant la justice, droit d'ester en justice, droit de la défense, droit d'accès à la justice et aide judiciaire pour les plus démunis (art. 108).

Une tendance générale semble se faire jour. Elle tendrait à considérer que le rôle des conseils en charge, dans chaque pays, de protéger l'indépendance des magistrats ne se limite pas à prononcer les sanctions disciplinaires qui peuvent frapper les magistrats coupables de faits graves. Ces instances se voient reconnaître une sorte de responsabilité générale quant au bon fonctionnement de la justice. Au Maroc et en Tunisie, ils doivent présenter des rapports sur le fonctionnement du système judiciaire (art. 113 et 117 respectivement). Au Maroc, le texte de 2011 souligne que « tout manquement de la part du juge à des devoirs d'indépendance et

d'impartialité constitue une faute professionnelle grave » (art. 109)²⁰. En Tunisie, depuis 2014, c'est un petit code de déontologie qui figure dans la Constitution, avec des obligations qui vont sans doute sans dire mais encore mieux en le disant : « Le magistrat doit être compétent, il doit faire preuve de neutralité et d'intégrité ; il doit répondre de toute défaillance dans l'accomplissement de ses fonctions » (art. 103). Pour ce qui est de l'Algérie, c'est dès 1976 et avec une formule qui n'a plus changé depuis cette date que le CSM se voit confier le soin de vérifier la manière dont le magistrat s'acquitte de sa mission (art. 174), fonction inséparable du classique pouvoir disciplinaire de cette instance mais que l'on peut interpréter comme permettant une intervention même s'il n'y a pas de faute caractérisée²¹. Par ailleurs la loi organique de 2004 sur le CSM prévoit que ce dernier doit rédiger « un Code de déontologie du magistrat²² ». Cela correspond à un mouvement général consistant à reconnaître à cette instance une vocation à scruter jusqu'au zèle des juges.

*

**

Il est de plus en plus difficile au juge de se présenter comme étant d'une nature différente de l'ensemble des citoyens. Même leur volonté d'appartenir aux plus sphères du pouvoir, à côté du législatif et de l'exécutif ne le met pas complètement à l'abri dans la mesure où députés, sénateurs, ministres et même chef de l'État ne bénéficient

²⁰ Le 12 août 2014, le CSPJ a prononcé des sanctions contre quatorze magistrats marocains pour faute professionnelle.

²¹ En revanche, en Algérie, c'est la Cour suprême qui « constitue l'organe régulateur de l'activité des cours et tribunaux » (art. 152 de 1996). La formule était déjà présentée dès 1976 et 1989 (art. 177 et 143) mais en limitant cette compétence à « tous les domaines du droit » ce qui semblait viser l'unification de la jurisprudence.

²² Art. 34 de la loi organique n° 04-12 du 6 septembre 2004. Ce code a été publié début 2007.

La responsabilité du juge

que d'une immunité limitée. Dans ces conditions, il n'est plus grand monde pour oser présenter les magistrats comme parfaitement irresponsables. Dans leurs rangs l'essentiel de l'argumentation consiste à énumérer les difficultés de l'exercice, la différence entre responsabilités pénale et civile, la possibilité de mettre en œuvre une responsabilité institutionnelle qui limiterait la responsabilité individuelle, la nécessité de tout confier à des instances internes, les seules à même de contrôler sans menacer l'indépendance. Toutes ces précautions ne peuvent que limiter une évolution qui paraît irrésistible dans la mesure où l'idée de présenter la justice comme une société à responsabilité limitée trouve de moins en moins de tenants. Au surplus, le droit comparé montre qu'il est possible de mettre en cause la responsabilité des juges sans que l'idéal de justice s'en trouve gravement compromis.

Si l'on souhaite dépasser la problématique étroite consistant à rechercher les mécanismes problématiques permettant de sanctionner le juge sans menacer le pouvoir judiciaire, une autre voie paraît pouvoir être explorée. Il est clair que l'extension de la responsabilité à toutes les catégories sociales et avec une propension à chercher à atteindre systématiquement les niveaux les plus élevés, c'est-à-dire les plus éloignés de la faute qui a porté préjudice, les magistrats ne peuvent pas prétendre indéfiniment à un droit à l'irresponsabilité. Il est vrai que cette tendance porte en elle-même ses propres contradictions. À vouloir toujours viser les sommets, on en arrive à distendre de manière absurde les liens entre l'acte générateur de la responsabilité et celui auquel on peut l'imputer. Dès lors ce pourrait être une solution à une tendance susceptible à tous les niveaux de déboucher sur un risque de blocage, lié à la crainte chez chacun de s'engager sans avoir pris suffisamment de précautions. C'est particulièrement vrai dans des domaines où la rapidité de la réaction

constitue un élément de sa réussite. Le domaine médical offre de ce point de vue l'exemple le plus topique. L'extension de la responsabilité profite moins au malade qu'au juriste et aboutit à alourdissement des protocoles présidant à la prise de décision. Il n'est jusqu'à la solution consistant à mettre en garde le patient contre tous les risques qui le menacent qui n'ait un effet contre-productif en créant un climat d'anxiété apte à gêner la guérison. Dans ces conditions, le problème serait moins d'étendre aux magistrats l'idéal de responsabilité absolue que l'on tente d'imposer partout que d'alléger cette dernière au profit de tous.