

L'INDEPENDANCE DU JUGE

Daniel LUDET

Dans la Galerie Saint-Louis de la Cour de cassation, une statue de Saint-Louis sous son chêne est encadrée par deux fresques qui représentent chacune le souverain rendant la justice.

Lorsque le roi rendait la justice, la question de son indépendance ne se posait même pas, elle aurait été indécente. Le monarque ne rendait compte qu'à Dieu, ce qui lui laissait certainement une grande marge de liberté dans ses sentences....

Les choses deviennent plus compliquées lorsque la justice cesse d'être rendue par le seul roi, et qu'elle est désormais exercée par d'autres, quoique en son nom. Va-t-il alors être question d'indépendance du juge?

Robert Jacob, directeur de recherches au CNRS et professeur à l'université de Liège, dans un ouvrage intitulé "Images de la Justice, essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Age à l'âge classique" (Ed. Le Léopard d'Or, 1992), nous livre quelques éléments de réponse à ce sujet:

"La justice est forte, mais elle a soif d'exposer aux yeux de tous ses racines et ses fondements. Elle les trouve dans une forme idéale de justice, celle de Dieu, qu'elle s'efforce d'imiter, avec laquelle elle aspire même à se confondre. La délégation de Dieu aux hommes du pouvoir de juger est alors la clé du système iconographique. Elle manifeste tout à la fois la légitimité de la fonction judiciaire et la responsabilité du juge, deux thèmes systématiquement associés, comme en un jeu de miroir, et simultanément présents dans l'image comme ils l'étaient dans la pensée des hommes. C'est parce que les juges se soumettent les premiers à la justice céleste, parce qu'ils exposent leur vie et leur salut plus que les autres hommes que se justifie l'appropriation du pouvoir divin de juger. La représentation figurée n'eut de cesse de le rappeler, comme elle en dévoilait cette conséquence nécessaire: l'autonomie de la fonction de juger à l'égard de l'autorité politique. C'est là probablement un des grands traits distinctifs des cultures judiciaires européennes. Le pouvoir judiciaire se perçut d'emblée tout autrement que comme le bras armé d'un corps politique et religieux, dont la légitimité se fut absorbée dans celle du tout ou n'en dériverait que par simple délégation. Il s'était trouvé des fondements propres. Il puisait sans intermédiaire à sa source divine. Si la fonction de juger passe pour l'attribut le plus parfait de la puissance divine, alors l'acte de juger se trouve habité d'une spiritualité particulière, il ne peut qu'être extérieur, supérieur, à toute autre manifestation de puissance humaine. Juger, c'est se rendre indépendant de l'autorité politique au nom de qui l'on juge. Les images fondatrices, celles qui figurent au frontispice des manuscrits les plus diffusés de la science juridique comme celles qui décorent les salles d'audience, déploient à profusion cette idéologie-là" (p.12-13).

Quelles traces d'une affirmation de l'indépendance des juges peut-on relever, dans l'histoire de nos institutions?

Malgré ce qu'expose Robert Jacob sur le juge qui, dès le Moyen Age, se serait émancipé de la soumission au Pouvoir politique, on pourrait être tenté, d'une manière spontanée, de penser qu'il faut attendre la Révolution pour que l'indépendance des juges se trouve consacrée avec l'idée, relevant du sens commun, que l'indépendance des juges est en quelque sorte une des conquêtes de la démocratie qui, cahin-caha, va se frayer un chemin à partir de la Révolution.

Mais Tocqueville, dans l'Ancien Régime et la Révolution, va démentir cette manière de voir. Que

nous dit-il?

“ Il n'y avait pas de pays en Europe où les tribunaux ordinaires dépendaient moins du gouvernement qu'en France; mais il n'y en avait guère non plus où les tribunaux exceptionnels fussent plus en usage. Ces deux choses se tenaient de plus près qu'on ne se l'imagine. Comme le roi n'y pouvait presque rien sur le sort des juges ; qu'il ne pouvait ni les révoquer, ni les changer de lieu, ni même le plus souvent les élire en grade ; qu'en un mot il ne les tenait ni par ambition ni par la peur, il s'était bientôt senti gêné par cette indépendance. Cela l'avait porté, plus que nulle part ailleurs, à leur soustraire la connaissance des affaires qui intéressaient directement son pouvoir, et à créer pour son usage particulier, à côté d'eux, une espèce de tribunal plus indépendant, qui présentât à ses sujets quelque apparence de la justice, sans lui en faire craindre la réalité. Dans les pays, comme certaines parties de l'Allemagne, où les tribunaux ordinaires n'avaient jamais été aussi indépendants du gouvernement que les tribunaux français d'alors, pareille précaution ne fut pas prise et la justice administrative n'exista jamais. Le prince s'y trouvait assez maître des juges pour n'avoir pas besoin de commissaires... ” (Ed. Gallimard, coll. “Idées”, 1967, p.122) .

L'indépendance des juges, loin d'apparaître comme une conquête révolutionnaire, va, on le sait, être regardée comme un héritage de l'Ancien Régime qui ne va être accepté, pour la suite, que sous bénéfice d'un sévère inventaire.

L'indépendance des juges est, en même temps qu'elle relève de la nécessité, qu'elle est une sorte de figure obligée, un tel problème , pour les institutions et les idées révolutionnaires et post révolutionnaires en France qu'il faut attendre.....le projet de Constitution du Maréchal Pétain de janvier 1944 (jamais adopté) pour voir le mot indépendance figurer dans un texte constitutionnel ou à vocation constitutionnelle:

“ la fonction juridictionnelle est exercée par des magistrats dont un statut propre garantit l'indépendance ” (art. 32, alinéa 2).

La pudeur des textes constitutionnels antérieurs, dont témoigne l'absence des mots indépendance ou indépendant, ne signifie pas pour autant que la “chose” indépendance n'y est pas, que la notion d'indépendance est absente.

Ainsi, dans les constitutions de 1791 et de l'an III, il y a un “pouvoir judiciaire” qui est “séparé” avec l'énoncé de garanties quant à la destitution des juges, la consécration du principe du “juge naturel”, l'affirmation en l'An III du secret du délibéré qu'avait proscrit la Constitution de 1793, et dans cette même Constitution de l'AN III, le principe de l'élection des juges doit être regardé comme une garantie de leur indépendance. On trouvera moins de telles “traces” d'indépendance dans les constitutions du consulat et de l'Empire, sauf l'Acte additionnel aux constitutions de l'Empire, qui consacre à son article 51 l'inamovibilité des juges. Cette inamovibilité se retrouve dans les chartes de 1814 et 1830 , mais réservée aux juges nommés par le Roi, ce qui en exclut ceux nommés sous l'Empire....

La Constitution de 1848 , en même temps qu'elle proclame que la séparation des pouvoirs est la première condition d'un gouvernement libre, consacre l'existence d'un "Pouvoir judiciaire", prévoit que la nomination des juges intervient en principe "d'après un ordre de candidature" , que cette nomination est, sauf pour les juges de paix, à vie, et que les juges ne peuvent être révoqués ou suspendus que par un jugement....

On le sait, les lois constitutionnelles de 1875 seront muettes sur les magistrats, et c'est en 1946 que pour la première fois, un texte constitutionnel en vigueur va mentionner l'indépendance en prévoyant, à l'article 84 de la Constitution du 27 octobre 1946, que le Conseil supérieur de la magistrature, institution nouvelle, assure, conformément à la loi, l'indépendance des magistrats. L'inamovibilité des magistrats du siège est aussi consacrée, ce qu'avait omis le projet du 19 avril 1946.

Nous en arrivons à la Vème République, et c'est dans son cadre que nous placerons nos réflexions sur l'indépendance du juge.

Précisons simplement, en guise d'introduction, que la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 , qui énonçait cinq principes devant guider l'élaboration de la Constitution de 1958, comportait le quatrième principe ainsi rédigé:

" ° L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère...".

La Constitution du 4 octobre 1958 va , à l'article 64 , poser en principe que le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, et qu'il est en cela assisté par le Conseil supérieur de la magistrature.

C'est autour de cette idée de garantie de l'indépendance que je voudrais articuler mon propos. Il s'agit en quelque sorte de cerner, caractériser, l'indépendance du juge à travers sa garantie.

L'indépendance du juge doit être garantie. Cette garantie me semble recouvrir deux significations.

Tout d'abord l'indépendance du juge doit être protégée (I).

Mais cette indépendance doit aussi être assurée (II).

Appelé à vous parler ainsi, ce soir, de l'indépendance du juge, je me vois contraint d'écartier de mon propos les magistrats du parquet, car les juges, ce sont les magistrats du siège.

Cela ne veut pas dire pour autant que les magistrats du parquet ne sont pas concernés par l'indépendance. La Constitution de la IV ème République évoquait l'indépendance des magistrats, sans distinction, tout en réservant l'inamovibilité aux seuls magistrats du siège. Le texte lui-même de la Constitution de 1958 apparaît comme plus restrictif à cet égard, mais la jurisprudence du Conseil constitutionnel a donné un surcroît de vigueur au débat à partir du moment où, en 1993, il a été dit que l'autorité judiciaire au sens de l'article 66 de

la constitution comprenait les magistrats du siège et ceux du parquet. Si l'on veut bien considérer que l'autorité judiciaire de l'article 64 n'a pas de raison d'être autre que celle visée à l'article 66 , et qu'il est dit que son indépendance est garantie, on est tenté d'en arriver à la conclusion d'une indépendance des magistrats du parquet.....

Mais c'est un autre débat.

Tenons nous en ce soir à l'indépendance du juge, du juge judiciaire, je le précise.

I- L'indépendance du juge, protégée

La protection de l'indépendance du juge bénéficie d'un cadre institutionnel (A), au sein duquel se déploient les éléments substantiels de cette protection (B).

A) Le cadre institutionnel de la protection de l'indépendance du juge

Au titre du cadre institutionnel de la protection de l'indépendance du juge figurent le Conseil supérieur de la magistrature ou CSM (1°) et la fixation du statut des magistrats par une loi organique (2°)

1°) Le Conseil supérieur de la magistrature(CSM)

L'appellation de Conseil supérieur de la magistrature était, sous la III ème République, celle de la Cour de cassation lorsqu'elle statuait sur les poursuites disciplinaires contre un magistrat du siège, mais c'est avec la Constitution de la IV ème République que le CSM a été créé en tant qu'organe constitutionnel spécifique.

Le CSM de la Vème République se voit, on l'a dit, attribuer la mission d'assister le président de la République en tant que garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire.

Le rôle constitutionnel de garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire du président de la République est en soi une curiosité. Guy Carcassonne a dit que cela revenait à faire du renard le garant de la sécurité du poulailler...

Toujours est-il que ce rôle de garant du chef de l'Etat a progressivement perdu, au fil de l'évolution de la Vème République, toute effectivité. La révision constitutionnelle de 2008 marque à cet égard un effacement du président de la République au profit de l'institution chargée de l'assister, le CSM. Et à cet égard, l'abandon de la présidence du CSM par le président de la République, et de sa vice-présidence par le ministre de la Justice, revêt une importance à la fois pratique et symbolique.

C'est donc sur le CSM que se reporte l'effectivité de la garantie de l'indépendance de l'autorité judiciaire, et du juge.

L'importance du rôle qui lui est ainsi confié conduit à s'intéresser à la composition du CSM, et à

l'étendue de ses attributions.

On pourrait résumer l'évolution observée sur ce plan en disant que plus les attributions du CSM s'étendent, moins la place qu'y occupent les magistrats est prépondérante.

Jusqu'en 1993, le CSM comprend 6 magistrats sur les 9 membres, outre les deux membres de droit que sont le président de la République son président, et le ministre de la justice, son vice-président. Mais le mode de désignation des membres magistrats leur confère une faible représentativité, une faible autorité. Le CSM fait des propositions pour la nomination des magistrats du siège de la Cour de cassation et des premiers présidents des cours d'appel, et n'émet qu'un avis simple sur les propositions du ministre de la justice sur les autres nominations de magistrats du siège. Par ailleurs, il statue sur les poursuites disciplinaires contre les magistrats du siège.

Avec la révision de 1993, le CSM compte toujours six magistrats, mais issus d'élections par leurs pairs, et quatre personnalités extérieures, outre les deux membres de droit déjà mentionnés. Il s'agit d'une fausse parité, car les deux membres de droit ne délibèrent pas sur les avis ou propositions. Le CSM voit ses attributions s'étendre, en ce qui concerne les magistrats du siège, car son pouvoir de proposition s'étend à la nomination des présidents de tribunaux de grande instance, et son avis conforme est désormais requis sur les propositions du ministre de la justice concernant les autres magistrats du siège.

La révision de 2008 voit, on l'a dit, la sortie du CSM du président de la République et du ministre de la justice, mais dans le même temps la nouvelle composition de cette instance donne une majorité d'un membre aux personnalités extérieures à la magistrature (8 contre 7), une parité étant toutefois prévue pour le jugement des affaires disciplinaires. La réforme ne se traduit pas par une réelle extension des attributions du CSM, sauf à observer que celui-ci statue sur les plaintes des justiciables alléguant une faute disciplinaire d'un magistrat. Une formation plénière du CSM apparaît, mais elle n'est appelée à se prononcer sur des questions relatives à l'indépendance que si elle est consultée à ce sujet par le président de la République ou le ministre de la justice.

La composition du CSM avec une minorité de magistrats, même si c'est le premier président de la Cour de cassation qui préside la formation compétente pour le siège, a suscité certaines critiques soulignant un décalage avec des "standards européens". Il est exact qu'une Recommandation du Conseil de l'Europe, la "*"Recommandation CM/Rec(2010)12 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités"* adoptée le 17 novembre 2010, comporte deux paragraphes, 27 et 46, qui peuvent être lus comme prescrivant une composition avec au moins une moitié de juges élus par leurs pairs.

Au fil des révisions constitutionnelles, le rôle du CSM s'est accru au détriment de l'Exécutif s'agissant des questions touchant aux magistrats du siège. Certaines idées sont émises aujourd'hui dans le sens d'un pouvoir de proposition du CSM pour toutes les nominations de magistrats du siège, le ministre de la justice n'y prenant plus aucune part.

Mais on peut toutefois, dans la situation présente, relever comme d'importantes lacunes l'interdiction faite au CSM de se saisir d'initiative de questions relatives à l'indépendance, ainsi que l'absence de possibilité, pour un juge qui estime son indépendance menacée, de s'adresser au

CSM.

2°) La fixation du statut des magistrats par une loi organique

L'article 64 de la Constitution prévoit qu'une loi organique porte statut des magistrats. Il en découle en principe une garantie importante pour l'indépendance des magistrats du siège dans la mesure où les lois organiques adoptées par le Parlement font l'objet, avant de pouvoir être promulguées, d'un contrôle de leur conformité à la Constitution par le Conseil constitutionnel. Ce dernier va donc être en situation de vérifier que les dispositions du statut des magistrats, ainsi que leurs modifications, se conforment au principe d'indépendance des juges.

Il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école. Ainsi, une des premières décisions du Conseil constitutionnel censurant une disposition adoptée par le Parlement pour méconnaissance d'un principe substantiel consacré par la Constitution, avant même la célèbre décision du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association, est intervenue le 9 juillet 1970 à propos de l'indépendance des juges.

Cette décision du 9 juillet 1970 est relative à une disposition de loi organique qui permettait de compléter la composition du tribunal de grande instance avec voix délibérative par un auditeur de justice, c'est-à-dire un élève de l'école nationale de la magistrature, en cours de formation initiale dans une situation juridique de fonctionnaire stagiaire. Le Conseil constitutionnel a décidé que "*la participation des auditeurs de justice, avec voix délibérative, à l'activité juridictionnelle d'un tribunal de grande instance..... est incompatible, eu égard au statut particulier desdits auditeurs, avec le principe de l'indépendance des juges tel qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution*". On note au passage que le Conseil constitutionnel précise qu'un principe d'indépendance des juges résulte du principe d'indépendance de l'autorité judiciaire consacré par l'article 64 de la Constitution.

On peut aussi mentionner qu'une autre déclaration d'inconstitutionnalité était intervenue le 26 janvier 1967 à propos cette fois d'une procédure d'affectation d'office de magistrats du siège, les conseillers référendaires à la Cour de cassation, à l'issue de leur période de fonctions en cette qualité, le Conseil constitutionnel ayant estimé que cette procédure d'affectation d'office n'était pas conforme au principe d'inamovibilité des magistrats du siège consacré par l'article 64 de la Constitution. C'est une garantie de l'indépendance des magistrats du siège qu'a ainsi mise en œuvre le Conseil constitutionnel, l'inamovibilité étant une des garanties essentielles de cette indépendance, un de ses éléments substantiels.

B) Les éléments substantiels de la protection de l'indépendance des juges

La protection de l'indépendance des juges doit se matérialiser, se concrétiser depuis leur recrutement jusqu'à la cessation de leurs fonctions.

S'agissant de la sélection, et du recrutement des juges, le système consacré en France paraît de nature à garantir l'indépendance.

Une majorité des recrutements est issue de concours où les mérites des candidats sont appréciés par des jurys indépendants présidés par un magistrat de la Cour de cassation, et sur la base

d'épreuves de caractère juridique, pour l'essentiel.

Pour une part, ces concours ouvrent l'accès à une formation initiale longue assurée aux "auditeurs de justice" par l'école nationale de la magistrature (ENM). Certains autres concours, qui s'adressent à des personnes justifiant d'une expérience professionnelle antérieure, permettent d'exercer des fonctions de magistrat après une formation plus courte assurée par l'ENM.

Par ailleurs , des recrutements directs de magistrats sont opérés moyennant l'examen de dossiers de candidature par une commission d'intégration qui, composée majoritairement de magistrats élus, est dans les faits indépendante du ministère de la justice. Les candidats doivent satisfaire à des conditions de diplômes et d'expérience professionnelle, et ceux qui sont retenus par la commission suivront également une formation courte par l'ENM.

Il faut préciser ici que l'ENM, établissement public relevant selon les textes de la tutelle du ministre de la justice, est organisée et administrée en pratique dans des conditions lui assurant une relative autonomie. Ainsi, la formation initiale et continue des magistrats, dont l'ENM a la responsabilité, peut se dérouler généralement dans des conditions préservant leur indépendance.

Cette autonomie de l'instance en charge de la formation des juges est d'une grande importance. En Italie et en Espagne, l'organe en charge de la formation est placé sous l'égide du CSM ou du Conseil général du Pouvoir Judiciaire, ce qui paraît mieux préserver l'indépendance qu'une tutelle ministérielle. Cela n'empêche pas que soit revendiquée par ces organes une "*autonomie pédagogique*"....

Aux Pays Bas, l'organe en charge de la longue formation initiale des juges est une fondation de droit privé, statut juridique qui a paru, dans ce pays, propre à garantir l'indépendance dans le processus de formation.

Dans le système français, les nominations des juges dans un poste déterminé supposent, selon la fonction concernée, soit une proposition, soit un avis conforme du CSM. Toutes les nominations font l'objet d'une procédure particulière couramment dite "*de transparence*" qui, appliquée aux nominations, les plus nombreuses, reposant sur une proposition du ministre de la justice, atténue l'importance de l'initiative qui lui est ainsi laissée.

En effet, le ministre fait connaître par une circulaire pour chaque poste le nom du magistrat qu'il envisage de proposer, la liste de tous les candidats déclarés pour chaque poste étant jointe, et la circulaire ouvre un délai dans lequel les candidats non retenus par le ministre pourront adresser des observations au CSM. Celui-ci se prononce donc sur la proposition du ministre au vu des observations éventuelles des autres candidats, ce qui est en pratique très important, dès lors qu'une nomination ne peut se faire qu'avec un avis conforme du CSM. Les avis non conformes du CSM au vu d'observations ne sont pas rarissimes, contraignant le ministre à proposer la nomination d'un autre magistrat candidat.

La nomination d'un juge d'un poste à un autre, sa mutation, est soumise au principe d'inamovibilité, que la loi organique portant statut des magistrats a ainsi précisée:

"...en conséquence le magistrat du siège ne peut recevoir sans son consentement une affectation nouvelle, même en avancement".

Pour les juges appartenant à une magistrature de carrière, se pose la question du déroulement de la carrière, et de l'avancement. C'est une question qui peut être délicate, car lorsque l'avancement n'est pas automatique suivant l'ancienneté, comme en Italie, la façon dont sont régulées les promotions peut avoir un impact sur l'indépendance.

Sous la Vème République, la carrière des magistrats a comporté à un moment d'assez nombreuses étapes-on parlait d'une course d'obstacles-ce qui s'avérait d'autant plus délicat pour l'indépendance des juges que le rapport de force, si l'on peut dire, entre le ministre de la justice et le CSM n'était pas nettement en faveur du second. Des réformes de la loi organique portant statut des magistrats, en 1992 et 2001, ont simplifié la carrière en réduisant le nombre d'obstacles à franchir.

Les garanties existant à l'égard de l'avancement résident tout d'abord dans le fait que toute nomination d'un juge suppose une proposition ou un avis conforme du CSM. De plus, la promotion du second au premier grade est subordonnée à une inscription au tableau d'avancement qui est de la compétence de la commission d'avancement, composée majoritairement de magistrats élus. L'accès à certaines fonctions plus élevées, dites hors hiérarchie, n'est plus subordonnée à un tableau d'avancement et est tributaire, pour une partie des postes, d'une proposition du ministre. C'est là que la procédure "*de transparence*" décrite plus haut prend toute son importance.

L'évolution de la carrière des juges, lorsqu'elle comporte des mutations ou des promotions, pose la question des éléments d'appréciation dont disposent les organes qui vont intervenir dans ces mutations et promotions.

Tout d'abord, il est intéressant de noter comment le statut de ma magistrature réglemente strictement la tenue du dossier individuel du magistrat:

“ Le dossier du magistrat doit comporter toutes les pièces intéressant sa situation administrative, enregistrées, numérotées et classées sans discontinuité. Il ne peut y être fait état ni de ses opinions ou activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques, ni d'éléments relevant strictement de sa vie privée.

Tout magistrat a accès à son dossier individuel dans les conditions définies par la loi...”

Ensuite, la procédure d'évaluation du magistrat revêt une certaine importance.

La plupart des magistrats du siège font l'objet d'une évaluation individuelle, tous les deux ans ou en cas de présentation pour l'avancement. Cette évaluation par le Premier président, sur proposition le cas échéant du président du tribunal de grande instance, s'opère au vu de la description par le magistrat de son activité et après un entretien individuel. L'évaluation est effectuée par l'évaluateur suivant une grille détaillée listant les rubriques permettant de cerner les diverses qualités professionnelles du magistrat, dont les cases sont remplies au moyen de croix. Ainsi, les appréciations littérales portées par l'évaluateur doivent se trouver en cohérence avec les croix portées dans des cases qui varient d'"insuffisant" à "exceptionnel" pour chaque rubrique.

Ce système d'évaluation, qui a succédé à un système dit de notation, existe depuis de nombreuses années et a connu des évolutions tendant à une plus grande objectivité. Pour autant, il est moyennement accepté au sein de la magistrature française, et fait l'objet de critiques tenant à son caractère hiérarchique, et à la trop grande part de subjectivité qu'il laisse en pratique aux évaluateurs, subjectivité qui serait de nature à altérer l'indépendance.

La rémunération du juge assurée par L'Etat est une des composantes des garanties de son indépendance, car elle doit le mettre à l'abri de pressions qui prendraient appui sur une vulnérabilité économique de ce magistrat. La circonstance qu'une part non négligeable de la rémunération résulte d'une prime modulable, d'une prime au mérite dont l'attribution est assez largement laissée à l'appréciation des chefs hiérarchiques peut être à l'origine de débats au regard du principe d'indépendance.

Des garanties sont attachées aux conditions de la cessation des fonctions de juge.

En dehors des systèmes où un juge peut le rester jusqu'à son décès, comme à la Cour suprême des Etats Unis, la cessation des fonctions s'opère par le départ en retraite selon un âge limite fixé légalement, départ assorti d'une pension de retraite.

C'est le système en vigueur en France. Il faut noter une préoccupation exprimée de façon explicite dans certains systèmes comme le Canada par exemple, celle que le juge retraité n'exerce pas, après son départ en retraite des activités qui, rétrospectivement, feraient douter de son indépendance dans ses fonctions judiciaires antérieures. En France, alors que le magistrat retraité a la qualité de "magistrat honoraire", il peut se voir retirer son honorariat pour des motifs tirés de son comportement depuis son départ en retraite.

Le régime disciplinaire applicable aux magistrats du siège français repose sur le jugement des poursuites disciplinaires par le CSM statuant comme conseil de discipline. La procédure devant lui repose aujourd'hui très largement sur les principes du procès équitable se déroulant devant une véritable juridiction disciplinaire.

Le CSM ne peut prononcer une sanction que s'il retient l'existence d'une faute disciplinaire du juge. La faute disciplinaire fait l'objet d'une définition légale dans le statut des magistrats, et la jurisprudence disciplinaire a longtemps exclu que le contenu des décisions juridictionnelles puisse donner lieu à une qualification disciplinaire. Mais une loi organique de 2010 a tenté d'introduire une brèche à cet égard en élargissant la définition de la faute disciplinaire, précisant que relève de cette qualification "*la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, constatée par une décision de justice devenue définitive*". Toutefois, cette disposition, dont l'élaboration a donné lieu à des péripéties constitutionnelles, une première rédaction ayant été censurée en 2007 par le Conseil constitutionnel, comporte un verrou, en tout cas une garantie, dans la nécessité du constat préalable de la "*Violation grave et délibérée*" par une décision de justice.

Les sanctions disciplinaires que le CSM peut infliger sont soumises à un principe de légalité, en ce sens que le statut des magistrats fixe la liste limitative des sanctions pouvant être infligées, et selon une échelle de gravité de ces sanctions.

Les décisions du CSM statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège peuvent,

suivant une jurisprudence du Conseil d'Etat, faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant ce dernier. Le principe même d'un tel recours donne encore aujourd'hui lieu à controverse au sein de l'institution judiciaire en raison tant de la nature d'organe constitutionnel du CSM que des appréciations sur le fonctionnement même de la justice judiciaire auxquelles le Conseil d'Etat est ainsi amené.

Au-delà de ce débat de principe, qui conserve une certaine actualité, on peut noter que le Conseil d'Etat, à travers ce rôle de juge de cassation, s'est attaché à veiller au respect par le CSM des règles de procédure et à contrôler la qualification par celui-ci de la faute disciplinaire ainsi, récemment, que le respect du principe de proportionnalité dans le choix de la sanction.

La question peut se poser, à l'issue de cette première série de développements, de savoir si l'indépendance du juge est protégée de façon adéquate dans le système français.

Si l'évolution des règles constitutionnelles, statutaires, ainsi que celles des pratiques, depuis le début de la Vème République, porte la marque d'incontestables progrès, des insuffisances, des lacunes, n'en apparaissent pas moins aujourd'hui.

Tout d'abord, la problématique de ce que l'on appelle l'"indépendance interne" demeure faiblement prise en compte dans notre système. Les décisions qui sont prises à l'intérieur de l'institution judiciaire, au sein des juridictions, par les chefs hiérarchiques notamment, par exemple pour l'affectation des juges, ou la répartition des dossiers, sont faiblement encadrées, et ne peuvent donner lieu à aucune contestation devant un organe quelconque, CSM ou juridiction. Et, on l'a vu, les prérogatives des chefs hiérarchiques impactent l'avancement, la carrière à travers l'évaluation, la rémunération. On part au fond de l'idée que la décision d'un président de juridiction, puisqu'il est lui-même un juge, ne peut affecter l'indépendance d'un autre juge. C'est raisonner à courte vue, et dans un passé récent quelques décisions de retrait d'affectation de juges ont suscité une polémique sur le thème du déficit d'indépendance interne.

La préoccupation de l'"indépendance interne" a été prise en compte dans l'élaboration de la Recommandation de novembre 2010 du Conseil de l'Europe déjà citée, qui lui consacre son chapitre III.

Ce chapitre comporte des paragraphes 22 et 24 ainsi rédigés:

" 22. Le principe de l'indépendance de la justice suppose l'indépendance de chaque juge dans l'exercice de ses fonctions judiciaires. Les juges devraient prendre leurs décisions en toute indépendance et impartialité, et pouvoir agir sans restrictions, influences indues, pressions, menaces ou interventions, directes ou indirectes, de la part d'une quelconque autorité, y compris les autorités judiciaires elles-mêmes. L'organisation hiérarchique des juridictions ne devrait pas porter atteinte à l'indépendance individuelle.

24. La répartition des affaires au sein d'un tribunal devrait obéir à des critères objectifs préétablis, de manière à garantir le droit à un juge indépendant et impartial. Elle ne devrait pas être influencée par les souhaits d'une partie à l'affaire ni de toute autre personne concernée par l'issue de cette affaire. "

Dans le Recueil des obligations déontologiques des magistrats établit en 2010 par le CSM , on trouve l'énoncé de ce que “ *l'affection d'un juge, ou son remplacement, ne doit jamais être guidée par la volonté d'orienter une décision. Seules doivent être prises en compte les nécessités du service régulièrement constatées* ”.

Le Statut des magistrats français a commencé de prendre en compte sous certains aspects la préoccupation de l'indépendance interne en prévoyant qu'un magistrat peut contester son évaluation devant la commission d'avancement. Il peut également, s'il n'est pas présenté par ses chefs hiérarchiques en vue de son inscription au tableau d'avancement, formuler lui-même une demande à être inscrit qui sera portée à la connaissance de la commission d'avancement.

On le voit, le débat sur l'indépendance interne place au centre des discussions la place, l'importance, de la hiérarchie dans l'organisation de la magistrature. Roger Errera, rapportait, dans “Les Libertés à l'abandon” (Ed. Le Seuil, 1975), la réflexion d'un magistrat selon laquelle ce qui surprend le plus le magistrat débutant, “ *c'est de constater qu'ayant choisi une carrière réputée pour son indépendance il tombe dans une administration spécialement remarquable par le poids de ses contraintes hiérarchiques et par l'esprit quasi militaire qui y règne* ” (p. 104-105). Depuis qu'a été porté ce jugement sévère, textes et pratiques, je l'ai dit, ont évolué. Mais cela ne signifie pas pour autant que toutes les pesantesurs hiérarchiques superflues, c'est-à-dire celles qui vont au-delà de ce qu'exige l'organisation rationnelle des services pour assurer leur bon fonctionnement, ont disparu.

L'insuffisance de protection de l'indépendance va même jusqu'à être questionnée à propos des conseils supérieurs. Conçus comme des solutions en matière de protection de l'indépendance, les conseils supérieurs, de la magistrature ou de la justice, peuvent devenir des problèmes. Lors de l'élaboration de la Recommandation de novembre 2010 du Conseil de l'Europe que j'ai déjà citée, les représentants de plusieurs pays ont demandé que cet instrument comporte l'énoncé de quelques principes encadrant la composition, mais aussi les méthodes, les procédures, mises en oeuvre par les “Conseils de justice”, soulignant, au vu des quelques situations concrètes, que des menaces à l'égard de l'indépendance pouvaient provenir de ces organes. C'est ainsi que la Recommandation a intégré deux alinéas (28 et 29) qui témoignent à tout le moins d'un souci de vigilance à l'égard des “Conseils de justice”:

“ 28. *Les conseils de justice devraient faire preuve du plus haut niveau de transparence envers les juges et la société, par le développement de procédures préétablies et la motivation de leurs décisions.*

29. *Dans l'exercice de leurs fonctions, les conseils de justice ne devraient pas entraver l'indépendance de chaque juge.”*

Dernière observation sur les éventuelles insuffisances de la protection de l'indépendance, que peuvent la pureté des principes consacrés, la qualité et la précision des règles qui mettent le juge à l'abri des pressions extérieures, face aux inconstances de la pratique? Je veux évoquer ici la question des critiques publiques

de responsables politiques, institutionnels, à l'égard des juges en visant expressément telle ou telle de leurs décisions. Il ne s'agit pas , dans la vie publique française, d'une hypothèse d'école, et l'on a pu par exemple voir et entendre tel ministre de l'intérieur, ou tel Président de la République ancien ministre de l'intérieur, se livrer dans un passé à ce type d' exercice. La sagesse

des gouvernants ne peut résulter de seules prescriptions constitutionnelles, elle suppose l'appropriation d'une culture de respect reposant sur l'autodiscipline. Je voudrais encore citer, à cet égard, le paragraphe 18 de la Recommandation du Conseil de l'Europe de novembre 2010:

“ 18. S'ils commentent les décisions des juges, les pouvoirs exécutif et législatif devraient éviter toute critique qui porterait atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire ou entamerait la confiance du public dans ce pouvoir. Ils devraient aussi s'abstenir de toute action susceptible de susciter le doute sur leur volonté de se conformer aux décisions des juges, autre que l'expression de leur intention d'exercer une voie de recours...”.

Suffit-il , pour cerner l'indépendance du juge, la caractériser, de faire, comme l'ont tenté les développements qui précèdent, la revue des dispositifs censés la protéger? Ne faut-il pas se demander si, derrière les murailles, ou les barrières de protection, il y a quelque chose?

On le sait, si l'on a pu se contenter un certain temps de définir la démocratie comme un ensemble de procédures, celles qui voient les organes exerçant le pouvoir politique investis par l'élection au suffrage universel, on a depuis dépassé cette vision pour considérer que la démocratie suppose aussi le respect de droits fondamentaux et des principes de l'Etat de droit. Autrement dit, l'on s'est avisé que la démocratie avait aussi un contenu.

L'indépendance du juge a t-elle un contenu?

La réponse à cette question s'avère positive, à travers le constat qu'en évoquant la garantie de l'indépendance, la Constitution y inclut l'assurance de l'indépendance.

II- L'indépendance du juge, assurée

L'indépendance comporte des exigences pour le juge lui-même, elle n'est pas que le résultat de ce qu'aucune atteinte ne lui est portée par autrui.

Elle ne doit pas non plus être vécue par le juge comme une prérogative.

C'est ce qu'exprime le préambule de la Recommandation de novembre 2010 du Conseil de l'Europe en soulignant que “ *l'indépendance de la justice garantit à toute personne le droit à un procès équitable et (...) elle n'est donc pas un privilège des juges mais une garantie du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui permet à toute personne d'avoir confiance dans le système judiciaire* “.

Le juge n'est pas le destinataire de l'indépendance, qui vise à la protection des droits et libertés des personnes.

C'est par son comportement, son action, que le juge va donner corps à son indépendance. Autre façon de dire que l'indépendance du juge concerne sa déontologie.

La prise en compte explicite de l'indépendance comme composante de la déontologie du juge est relativement récente en France.

Dans une étude de 1999 élaborée pour un colloque à l'ENM sur ”la responsabilité du magistrat”, Mme Commaret, avocat général à la Cour de cassation, relevait les responsabilités

déontologiques des magistrats suivantes, dégagées de la jurisprudence disciplinaire du CSM.: impartialité, soumission à la loi, devoir de diligence, délicatesse, dignité et loyauté, ainsi que les responsabilités présentes dans la vie privée du magistrat.

La commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature mise en place par M.Perben, garde des sceaux, avait dégagé en novembre 2003 sept “devoirs du magistrat”: l'impartialité, le devoir de réserve, la loyauté, l'intégrité, la dignité, le devoir de diligence, et le secret professionnel. On note que dans aucune de ces deux circonstances, il n'est question de l'indépendance.

Le “*Recueil des obligations déontologiques des magistrats*” établi en 2010 par le CSM, recense, et commente, les obligations déontologiques suivantes: l'indépendance, l'impartialité, l'intégrité, comprenant la probité et la loyauté, la légalité, l'attention à autrui, comprenant le respect de la dignité et l'écoute de l'autre, enfin l'obligation de discréction et de réserve. L'indépendance émerge au rang d'obligation déontologique des magistrats.

A titre de comparaison, les Principes de déontologie judiciaire élaborés sous l'égide du Conseil canadien de la magistrature sont, dans l'ordre, les suivants: indépendance de la magistrature, intégrité, diligence, égalité, impartialité.

Que comporte l'indépendance, en tant qu'obligation déontologique du juge?

On peut répondre à cette question en énonçant que le juge doit être un acteur de son indépendance.

Pour cela, le juge doit défendre son indépendance (A).

Il doit aussi faire preuve d'indépendance (B).

A) Le juge doit défendre son indépendance.

Dans le recueil des obligations déontologiques des magistrats établi par le CSM en 2010, le premier principe énoncé à propos de l'indépendance est que “*les magistrats défendent l'indépendance judiciaire car ils sont conscients qu'elle est la garantie qu'ils statuent et agissent en application de la loi, suivant les règles procédurales en vigueur, en fonction des seuls éléments débattus devant eux, libres de toute influence ou pression extérieure, sans avoir à craindre une sanction ou espérer un avantage personnel*”. Et ce recueil précise que “*les magistrats préservent leur indépendance vis-à-vis des pouvoirs exécutif et législatif, en s'abstenant de toute relation inappropriée avec leurs représentants et en se défendant de toute influence indue de leur part*”. Une prescription présente un intérêt spécifique pour l'indépendance des juges: “*Malgré leur appartenance à un même corps et l'exercice de leurs fonctions dans un même lieu, les magistrats du siège et du parquet conservent et marquent publiquement leur indépendance réciproque*”.

Telle que conçue dans le Recueil des obligations déontologiques, la déontologie du juge implique donc de sa part un comportement actif pour défendre et préserver son indépendance.

On trouve une approche comparable dans les Principes de déontologie judiciaire destinés aux juges fédéraux du Canada. Sous la rubrique “Indépendance de la magistrature”, sont

énoncés plusieurs principes parmi lesquels celui selon lequel “ “les juges, tant sur le plan institutionnel qu’opérationnel, favorisent et appliquent les mesures et les garanties qui visent à préserver et à accroître l’indépendance de la magistrature”.

Dans les commentaires de ces principes, il est ajouté:

“ Les juges ont le devoir d’appliquer la loi telle qu’ils la comprennent, sans crainte ni favoritisme, et indépendamment de l’accueil, favorable ou non, de leur décision.

C'est là une des pierres angulaires du principe de la primauté du droit. Les juges devraient, individuellement et collectivement, préserver, encourager et défendre l'indépendance de la magistrature.” Et, partant du constat que “ avec le temps, tout juge finira probablement par subir des pressions, soit de la part de parties, soit de la part d’autres personnes, visant à influencer ses décisions dans un litige”, il est affirmé qu’ “ indépendamment de leur provenance — ministérielle, journalistique ou autre —, toutes ces pressions doivent être fermement repoussées”.

Afin de préserver son indépendance et son impartialité, le juge doit veiller à ne pas accepter de pressions de la part de personnes, même des pressions indirectes sous forme de cadeaux, d'avantages matériels, de services, de sommes d'argent. Il peut s'agir de tentatives de corruption qui portent une atteinte grave à la Justice, ainsi qu'à l'honneur et à la réputation des juges.

Un équilibre est à trouver, en ce sens que, si le juge doit défendre son indépendance, il ne doit pas en faire le prétexte de positions abusives.

C'est ce qu'exprime un autre commentaire des principes canadiens : “ Les juges doiventêtre à l'affût de toute tentative de miner leur indépendance institutionnelle ou opérationnelle. Bien qu'ils doivent prendre garde de ne pas banaliser le principe de l'indépendance de la magistrature en l'invoquant abusivement, et systématiquement, pour s'opposer aux propositions de changements visant leurs structures institutionnelles, les juges se doivent de défendre fermement leur propre indépendance.”

Du point-de-vue de sa déontologie, l'indépendance du juge ne résulte pas seulement de ce que l'on le laisse tranquille. Il se doit d'être vigilant dans la défense, la préservation de son indépendance. L'indépendance est son affaire, il ne peut la vivre comme si elle était un bébé que va lui apporter une cigogne....

B) Le juge doit faire preuve d'indépendance

L'indépendance du juge doit se concrétiser dans son activité, son comportement, ses actes.

C'est notamment affaire de méthodologie, de mise en oeuvre des techniques professionnelles. C'est ce qu'esquisse un des commentaires du Recueil des obligations déontologiques des magistrats: “Gardien des libertés individuelles, le magistrat applique les règles de droit, en fonction des éléments de la procédure, sans céder à la crainte de déplaire ni au désir de plaire au pouvoir exécutif, aux parlementaires, à la hiérarchie judiciaire, aux médias ou à l'opinion publique”. C'est donc en veillant à appliquer le Droit et à respecter la procédure, qui lui préexistent, que le juge assure qu'il traite les dossiers dans l'indépendance. Le professionnalisme du juge est un moyen d'assurer son indépendance. Et il est intéressant de noter, dans ce commentaire, un souci d' “indépendance interne” au sens où nous en avons parlé précédemment, lorsque le juge est invité à ne se soucier ni de plaire, ni de déplaire “ à la hiérarchie judiciaire”..

L'indépendance du juge doit aussi résulter de son propre effort pour être indépendant à l'égard de soi-même, de ses préjugés, de convictions personnelles, philosophiques, religieuses, politiques, qu'il lui faut savoir mettre de côté. C'est ce qu'exprime un autre des commentaires du Recueil : “*Le magistrat doit prendre conscience de l'incidence de ses éventuels préjugés culturels et sociaux, ainsi que de ses convictions politiques, philosophiques ou confessionnels, sur la compréhension des faits qui lui sont soumis et sur son interprétation des règles de droit*”.

Les commentaires des Principes de déontologie judiciaire destinés aux juges fédéraux canadiens insistent sur la notion de “normes de conduite élevées”: “*la manifestation et la promotion de normes de conduite élevées constituent une composante essentielle de l'indépendance de la magistrature*”.

Et l'importance de la confiance du public pour l'effectivité de l'indépendance du juge entraîne la nécessité pour lui de faire montre de son indépendance, de la rendre “visible”. Les commentaires canadiens précités exposent que “*compte tenu de l'indépendance dont ils jouissent, les juges ont la responsabilité collective de promouvoir des normes élevées de conduite. La primauté du droit et l'indépendance de la magistrature reposent avant tout sur la confiance du public. Les écarts de conduite et les comportements douteux ont tendance à miner cette confiance*”, concluant: “*Ce n'est qu'en observant des normes de conduite élevées que la magistrature (1) pourra continuer à mériter le respect du public sur lequel repose le respect des décisions judiciaires; (2) pourra être en mesure d'exercer sa propre indépendance dans ses jugements et décisions...*”.

Il est essentiel, donc, que le juge vive, et pratique, son indépendance comme une “ardente obligation”.

Mais l'appropriation par le juge français de sa déontologie n'est apparue comme une réelle nécessité qu'assez récemment, et des progrès sont encore à réaliser pour que les magistrats du siège cessent de percevoir l'indépendance essentiellement comme une prérogative et l'intègrent aussi pleinement en tant que devoir.

Parvenu au terme de mon propos, je voudrais d'abord poser la question de savoir si les exigences qui pèsent sur le juge pour qu'il fasse preuve d'indépendance ne conduisent pas à le placer, en quelque sorte, en dehors de la société pour le préserver de ses influences?

Dans le système français, nous donnons une réponse négative. C'est ce qu'exprime le Recueil des obligations déontologiques des magistrats à travers le principe suivant:

“*Le magistrat a, comme tout citoyen, le droit au respect de sa vie privée . Il s'abstient cependant d'afficher des relations ou d'adopter un comportement public de nature à faire naître un doute sur son indépendance dans l'exercice de ses fonctions*”. Il n'y a donc pas de restriction à ce qu'un juge adhère à un parti politique, à un syndicat professionnel, ou à une association et de pratiquer la religion de son choix. Les limites concernent les manifestations publiques d'opinions, les comportements, de nature à faire douter de l'indépendance.

Autre question, la préservation de l'indépendance du juge aboutit-elle à interdire tout débat public au sujet de ses actes dans la société? La réponse se pose moins en termes d'interdiction à proprement parler, peu concevable dans une société démocratique consacrant la liberté d'expression, que dans une capacité de réponse institutionnelle lorsque l'indépendance des magistrats est mise en cause d'une façon qui porte atteinte à la confiance du public dans la justice. Réponse institutionnelle car le juge directement visé ne peut répondre lui-même sans risquer de voir son impartialité mise en cause. Dans la réponse à une demande d'avis du ministre de la Justice reproduite dans le rapport d'activité du CSM pour 2014, cette instance met en avant le rôle qui devrait être à cet égard celui des chefs de cour et des juridictions sur le terrain de la communication.

Dernière remarque, l'apparition, en France, d'un syndicalisme dans la magistrature a certainement contribué à la préservation de l'indépendance de la justice, et à l'accroissement de ses garanties.

Roger Errera , dans son ouvrage précité, disait que la notion d'indépendance est plus métaphysique que politique, et, préférant parler d'une autorité judiciaire forte comme l'une des garanties les plus efficaces des libertés, c'est à la liberté du juge, fondamentale parce que contribuant à protéger les autres libertés, qu'il s'attachait (*"Les libertés à l'abandon"*, op.cit. p 101-104). Mais la liberté du juge suppose aussi qu'elle soit protégée, et assurée.

Je l'ai dit au début de mon exposé, dans notre tradition politique et institutionnelle, l'indépendance du juge, ou sa liberté, sont conçues comme indispensables, mais leur exaltation, ou la revendication de leur accroissement, sont mal supportées, intempestives en quelque sorte.

On sait depuis Deleuze que la sociologie est un sport de combat.

Son indépendance, pour le juge, m'apparaît comme la pratique d'un de ces arts martiaux qui sont à la fois techniques de défense et efforts de discipline personnelle. Le juge, en effet, doit défendre son indépendance mais aussi l'éprouver, la ressentir, la faire vivre en lui. L'indépendance du juge est son sport de combat.