



IEDJA

INSTITUT D'ÉTUDES SUR LE DROIT ET LA JUSTICE DANS LES SOCIÉTÉS ARABES

مركز دراسات القانون و العدالة في المجتمعات العربية



INSTITUT DES
HAUTES ÉTUDES
SUR LA JUSTICE

4^e CONFÉRENCE RÉGIONALE DES JURISTES FRANCOPHONES TUNIS 2014

**L'ÉTAT DE DROIT ET L'ÉTAT DU DROIT :
LE PROCÈS ÉQUITABLE**
Les actes de colloque

25-26-27 mars
à Tunis

Hôtel Africa
Avenue Habib Bourguiba



Remerciements,

Ce colloque n'aurait pu avoir lieu sans l'aimable participation de l'Institut des Hautes Études sur la Justice (IHEJ), de l'Institut d'Études sur le Droit et la Justice dans les Sociétés Arabes (IEDJA), la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis – Université de Carthage, et le soutien du Ministère français des Affaires étrangères, de l'Ambassade de France en Tunisie et de l'institut français de Tunis.

Nous tenons ici à remercier :

Docteur Fadhel Moussa, Doyen de la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis – Université de Carthage

Docteur Neila Shaaban, Secrétaire d'État Tunisienne, chargé des affaires de la femme et de la famille

SE François Gouyet, Ambassadeur de France en Tunisie

Mme Charlotte Denise, Ministère Français des Affaires Étrangères

Monsieur Christian Vennetier, Magistrat de Liaison français en Tunisie

Monsieur Patrick Flot, Conseiller de Coopération et d'Action Culturelle, directeur de l'Institut Français de Tunis

Mme Elodie Laborie, Responsable de communication de l'Institut Français de Tunis

Et plus particulièrement l'équipe de l'IHEJ et de l'IEDJA notamment :

Monsieur Ahmed EL Koshery, Président de l'IEDJA

Monsieur Antoine Garapon, Magistrat, Secrétaire Général de l'IHEJ- VicePrésident de l'IEDJA

Monsieur Tony Moussa, Doyen Honoraire à la Cour de Cassation française, membre du Conseil d'Administration de l'IEDJA

Professeur Ali Mezghani, Membre du Conseil d'Administration de l'IEDJA

Mme Anne-Lorraine-Bujon, Directrice Éditoriale de la revue Conventions- IHEJ

Leila De Casimacker, Chercheuse Associés IEDJA

De même que toutes les personnes qui ont enrichi les débats par leur présence et tous les participants à l'organisation de la conférence.



4^e CONFÉRENCE RÉGIONALE DES JURISTES FRANCOPHONES TUNIS 2014

Ce colloque a été organisé conjointement par l'IHEJ et la Faculté des sciences juridiques politiques et sociales de Tunis – Université de Carthage avec le soutien du Ministère français des affaires étrangères.

**Avec le soutien du Ministère Français des Affaires Étrangères et
de l'Institut Français de Tunis**



L'État de droit et l'état du droit : le procès équitable

Exposés introductifs

Les acteurs du procès équitable

La clé de la confiance dans la justice



Avant-propos

L'État de droit et l'état du droit

L'efficacité de la justice, la lutte contre la corruption et les biens mal acquis, l'indépendance de la magistrature, la déontologie, l'équité, le procès équitable, les droits de l'homme, l'État de droit et plus généralement le droit et la justice : ces termes ne cessent de revenir dans l'actualité soulevée par les révolutions arabes. On ne compte plus les débats qui y ont été consacrés à la télévision ou lors de séminaires entre professionnels du droit et société civile. Mais le plus souvent, ces thèmes ont été abordés soit sous un angle politique, soit par des formules, répétées à l'envi mais plus rarement précisées. D'où la nécessité de les reprendre sous un angle différent, plus professionnel et plus profond.

Nous avons ainsi décidé de nous consacrer lors de cette rencontre uniquement à la notion de « procès équitable ». En effet, dans les sociétés arabes d'aujourd'hui, il est nécessaire de s'interroger sur « l'état du droit » avant de se poser la question de « l'Etat de droit ». Est-ce-que les lois sont bonnes ? Est-ce que leur transposition dans la vie pratique est bien réalisée ? Et, enfin, est-ce que la société a confiance en sa justice ?

Les systèmes judiciaires peuvent être très accomplis sur le papier sans pour autant avoir de réelle existence ; de la même manière on peut se demander ce que vaut une justice si elle n'assure pas les standards minimaux du procès équitable. Il faut ainsi donner au droit sa base consensuelle afin de construire des rapports sociaux pacifiques. Pour que le procès soit équitable, il ne suffit pas de bénéficier de règles (I), il faut également des personnes pour le mettre en œuvre (II) et une société qui le soutienne et l'investisse de sa confiance (III).

Le débat sur ces questions reste agité dans les pays arabes, et c'est pourquoi la 4^{ème} conférence des juristes francophones a décidé d'y consacrer ses travaux. Nous avons donc essayés durant ces trois jours, non pas de flatter un idéal qui est loin d'être réalisé, mais d'identifier les questions pertinentes que toutes les sociétés, arabes ou non, doivent se poser pour honorer le procès équitable comme une valeur universelle.

Passionnant certes, ont été ces trois jours de réflexion. Nous avons pu constater une volonté de développer, de moderniser et de promouvoir les valeurs de la justice dans les sociétés arabes. Mais le débat a souvent été agité et parfois même polémique.

Le procès équitable est la pierre angulaire qui permet une justice efficace et juste. La justice reste le cœur du débat dans les sociétés arabes d'aujourd'hui, certains constatent une fragmentation du système et d'autres confirment son efficacité.



Si l'objectif de la quatrième conférence des juristes arabes francophones était d'interroger les problématiques juridiques d'actualité dans la région - notamment le procès équitable - il s'est avéré primordiale de mener aujourd'hui une réflexion plus élargie sur le sens même de la Justice.

Ce pour quoi la prochaine publication de la série « État de droit et état du droit » sera dédiée au « Rendre justice ».

Car repenser la justice dans nos sociétés, semble aujourd'hui prioritaire.

Amr Soliman,

Secrétaire Général de l'IEDJA

Chargé de mission pays arabes – IHEJ



4^{ème} CONFÉRENCE
RÉGIONALE
DES JURISTES
FRANCOPHONES
TUNIS 2014

L'État *de* droit et l'état *du* droit :

« Le procès équitable »

Après Amman, Beyrouth, Alexandrie, la quatrième rencontre des juristes arabes francophones s'est tenue à Tunis les 25, 26 et 27 mars 2014. Le thème abordé été : le procès équitable. Cœur de l'État de droit et moteur de la réalisation du droit, le procès équitable se pose comme un horizon et un défi pour tous les systèmes juridiques du monde. Sans lui, pas d'application correcte du droit, pas de confiance non plus dans la justice.

Ce colloque traitait aussi bien les défis proprement juridiques que les enjeux de politiques de justice (formation des magistrats, qualité de la défense par exemple) et enfin, son intérêt pour les sociétés arabes.

INAUGURATION

Antoine Garapon

Secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice (France)

Merci à tous d'être venus pour cette quatrième rencontre des juristes arabes francophones, qui fait suite à la première qui avait eu lieu à Amman, la deuxième à Beyrouth et la troisième à Alexandrie qui portait sur la corruption. Nous sommes ravis d'avoir pu organiser cette quatrième conférence à Tunis, qui a choisi comme thème le procès équitable. C'est une grande chance de pouvoir nous réunir et donner une continuité à ce dialogue commun entre juristes français et juristes arabes francophones, à cette réflexion sur l'état du droit et sur toutes les questions qui concernent la communauté des juristes.

Ce thème du procès équitable nous est apparu comme étant central parce qu'il est non seulement un point cardinal de la vie juridique mais également un véritable ressort de l'actualisation permanente et de la réalisation concrète de la justice dans une société. Il était donc important de retenir ce thème qui connaît en outre, sur les deux rives de la Méditerranée, des développements considérables, sous la pression notamment de la Cour européenne des droits de l'homme ou des constitutions comme la Constitution tunisienne, des ressorts qui assurent le dynamisme de la vie juridique.

Je suis particulièrement heureux d'être ici et je voudrais tout d'abord remercier l'Ambassade de France et saluer la présence de Monsieur l'Ambassadeur François Gouyette qui a accepté d'ouvrir cette rencontre. Je souhaiterais également saluer la présence et le partenariat de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de l'université de Carthage, et son doyen Fadhel Moussa qui nous a fait l'honneur de s'associer à l'IHEJ, avec le soutien du ministère des Affaires étrangères, pour organiser cette rencontre.

François Gouyette

Ambassadeur de France en Tunisie

Monsieur le Doyen de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de l'université de Carthage, Monsieur le Secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice, Mesdames et Messieurs. Je suis heureux de vous voir réunis ce matin, magistrats, professionnels du droit, universitaires, venus de toute la région, pour échanger sur la justice, les systèmes juridiques et judiciaires, et plus particulièrement sur le procès équitable sans lequel il ne peut y avoir d'application correcte du droit ni de confiance en la justice. Ce très beau thème est intimement lié à la gouvernance démocratique et à l'État de droit, enjeux qui touchent tous les États et sont particulièrement actuels dans le contexte du Printemps arabe. Le renforcement de l'État de droit implique en effet, d'abord et avant tout, une réflexion sur l'équité et plus largement sur la justice.

La France accompagne les efforts de nombreux pays d'Afrique du Nord et du Moyen Orient dans leur processus de modernisation de la justice, de renforcement de son indépendance et de



traitement judiciaire des crimes du passé. Soutenir le juge, c'est soutenir le garant des libertés publiques, du respect de la constitution et de la régularité des processus électoraux. La recherche de la légitimité de la justice permet ainsi de restaurer la confiance essentielle de la population dans ses institutions. Des échanges de connaissances et de bonnes pratiques entre professionnels et institutionnels du droit français et du droit du monde arabe sont régulièrement organisés à travers des formations, des rapports d'expertise, des séminaires et des jumelages. Ces échanges sont facilités par la proximité qui existe entre nos traditions juridiques puisque nous partageons un système de droit civil issu pour une grande part de l'héritage napoléonien, notamment en Afrique du Nord.

La France soutient ainsi des projets en matière d'assistance technique, tant en vue de renforcer les capacités institutionnelles en charge de lutter contre la corruption que de soutenir les organisations de la société civile intervenant dans ce domaine. À travers les actions de son École nationale de la magistrature, la France a pu mettre en place des coopérations avec l'Institut judiciaire de Jordanie, l'Institut d'études judiciaires libanais ou plus récemment l'Institut supérieur de la magistrature tunisien afin de renforcer les échanges avec les magistrats de la rive Sud. En Tunisie, cette coopération a permis d'envoyer en France, en 2013, dix magistrats stagiaires en formation, formation à la fois théorique et pratique, à l'École nationale de la magistrature et en juridiction. Dix magistrats partiront de nouveau cette année. Une dizaine d'avocats tunisiens ont également pu profiter d'un stage dans des cabinets français la même année, en 2013. Les efforts de la coopération de la France en matière de justice se sont également traduits par des échanges de bonnes pratiques à l'attention des juges, magistrats et policiers pour renforcer les capacités en matière de recouvrement des avoirs et par la venue d'un magistrat de liaison fin 2013 afin de faciliter les échanges dans ce domaine.

L'organisation de cette conférence des juristes francophones s'inscrit enfin dans la continuité des relations juridiques anciennes et de la coopération entre la France et la région d'Afrique du Nord et du Moyen Orient. Cet événement, organisé pour la quatrième fois déjà et dont l'initiative appartient au ministère des Affaires étrangères et à son réseau diplomatique, a permis à des pays de tradition juridique commune, promue par la francophonie, des échanges particulièrement riches sur des enjeux juridiques de fond, à la confluence des problématiques économiques, sociales ou culturelles majeures : l'évolution des doctrines et jurisprudences à Amman, le droit économique à Beyrouth, la lutte contre la corruption à Alexandrie et aujourd'hui, le procès équitable à Tunis. Je me réjouis de la tenue de cette quatrième édition de la conférence des juristes francophones à Tunis aujourd'hui, alors même que la Tunisie est entrée dans une étape historique de sa transition, avec une nouvelle Constitution qui proclame la suprématie du droit et de la loi, l'indépendance de la justice et l'équité.

Je tiens à remercier tout particulièrement à cette occasion l'Institut des hautes études sur la justice, et son secrétaire général Monsieur Antoine Garapon, ainsi que le doyen de la Faculté des sciences juridiques politiques et sociales de l'université de Carthage, mon ami Monsieur Fadhel Moussa, pour l'organisation de cette conférence. J'espère qu'elle vous permettra, chers amis, des échanges fructueux, mais également la consolidation du réseau des juristes



francophones que vous constituez et le renforcement du partage entre les juristes des deux rives de la Méditerranée, à travers l'Institut d'études sur le droit et la justice dans les sociétés arabes, l'IEDJA, qui sera lancé lors de cette conférence.

Fadhel Moussa

Doyen de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, université de Carthage, président de la Commission constituante de la justice judiciaire, administrative, financière et constitutionnelle à l'Assemblée nationale constituante, membre de la Commission conjointe de la coordination de la rédaction de la Constitution (Tunisie)

Je voudrais en premier lieu adresser mes remerciements à son Excellence, Monsieur l'Ambassadeur de France en Tunisie, François Gouyette, pour le développement de cette collaboration fructueuse qui a été engagée depuis maintenant quelques années avec la première, la seconde et la troisième conférence des juristes francophones. Je les adresse aussi à Monsieur Antoine Garapon, secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice, qui promet déjà le lancement d'une institution similaire destinée aux sociétés arabes, ce qui illustre tout l'intérêt et toute l'importance qu'une telle conférence soit organisée à Tunis, avec, bien entendu, la collaboration de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis de l'université de Carthage.

Ma qualité de doyen est aujourd'hui doublée d'une seconde qualité. Je suis particulièrement heureux de voir que le procès équitable a été précisément dévolu à cette quatrième conférence, ce qui tombe à pic puisque nous venons d'adopter, le 27 janvier 2014, une Constitution dans laquelle la justice en général et le procès équitable en particulier ont fait l'objet d'un grand et passionnant débat. Et nous avons peut-être là un exemple de la réalisation d'une avancée concrète dans la réflexion sur la justice qui a abouti à une solution novatrice à travers l'institution du « pouvoir juridictionnel ». Je suis donc doublement heureux de porter cette double casquette, même si ma fonction de constituant à la tête de la Commission sur la justice judiciaire, administrative, financière et constitutionnelle s'est terminée avec la Constitution. J'ai repris mes activités à la Faculté des sciences juridiques pour suivre les masters précisément spécialisés dans les questions relatives à la justice d'une manière générale. Je noterai que plusieurs de nos étudiants préparent les concours, particulièrement sévères, de l'Institut supérieur de la magistrature ou de l'Institut du barreau, pour devenir magistrat ou avocat, où ils occupent une assez bonne place.

Je voudrais aussi à cette occasion remercier particulièrement le ministère des Affaires étrangères français pour cette aide qu'il apporte de manière constante depuis quelques années à l'organisation de ces séminaires, et nous pouvons aujourd'hui considérer qu'il y a une vitesse de croisière engagée après quatre conférences.

Au mois d'octobre 2013, nous avons participé à la cinquième conférence d'une autre organisation, méditerranéenne celle-là, l'école doctorale des juristes méditerranéens, dont la



session annuelle se tient alternativement au Nord et au Sud de la Méditerranée. C'est un autre lieu de rencontre académique et je crois que la multiplication de ce genre d'organisation, qui met en contact direct les universités du Nord et du Sud de la Méditerranée, constitue une très bonne occasion de maintenir cette relation culturelle, civilisationnelle entre les deux rives de la Méditerranée. Nous avons particulièrement besoin aujourd'hui de rappeler notre appartenance à cet espace auquel nous sommes rattachés et attachés aussi bien du fait de la géographie que de l'histoire.

Nous avons vécu ces derniers temps, à l'occasion de l'élaboration de la Constitution, des débats extrêmement importants sur cette question de l'identité de notre pays. Pourquoi a-t-on dit de cette Constitution qu'elle était finalement consensuelle et positive ? C'est parce qu'elle a su précisément conserver en même temps le référentiel identitaire arabo-musulman et sa grande ouverture vers les cultures et les civilisations, sachant que la Tunisie a quand même plus de 3000 ans d'histoire. Nous avons donc pu réaliser cette véritable conciliation entre des intérêts qui au départ étaient extrêmement contradictoires. Et finalement nous avons réussi à nous en sortir pour garder de la Tunisie l'image d'un pays attaché à son identité mais aussi extrêmement ouvert sur les civilisations et les cultures de par sa vocation méditerranéenne. Je voudrais souhaiter à tous nos collègues qui viennent de tous les pays la bienvenue, leur dire qu'ils se trouvent dans un pays toujours accueillant malgré la crise et les problèmes, fruits de la transition démocratique que nous vivons encore. Je souhaite également de bons travaux à cette quatrième conférence qui connaîtra, j'en suis sûr, un grand succès.

EXPOSES INTRODUCTIFS

Fadhel Moussa

Doyen de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, université de Carthage, président de la Commission constituante de la justice judiciaire, administrative, financière et constitutionnelle à l'Assemblée nationale constituante, membre de la Commission conjointe de la coordination de la rédaction de la Constitution (Tunisie)

Le procès équitable dans la nouvelle Constitution tunisienne

Le procès équitable est l'essence même de la justice, c'est sa fonction essentielle, sa finalité. Il ne s'apprécie pas seulement par référence à des principes ou des indicateurs contenus dans les articles le mentionnant expressément, tels que l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme, l'article 14 du Pacte international des droits civils et politiques, l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ou l'article 108 de la nouvelle Constitution tunisienne. Le procès équitable ne se réduit pas à la dimension processuelle, qui est partielle, il s'appuie aussi sur la plateforme substantielle et organisationnelle de la justice, ce qui lui donne une dimension plus large.

Partant de ce constat, j'adopterai une présentation globale du procès équitable au miroir de la justice en général. Cette vision me conduit à présenter successivement la Constitution en tant que « réceptacle » du droit au procès équitable à travers la garantie qu'elle offre à l'exercice



des droits et libertés et de ce droit en particulier (I), l'État de droit comme référentiel du procès équitable (II), l'organisation de la justice et son statut comme prérequis du procès équitable (III). Enfin, la genèse et la mise en forme du droit au procès équitable proprement dit (IV).

I. De la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 comme « réceptacle » du procès équitable

Il importe ici de rappeler que le 1^{er} juin 2013, le projet de Constitution a été formellement finalisé en vue d'être approuvé rapidement par l'Assemblée nationale constituante (ANC), mais il a fallu attendre le 27 janvier 2014 pour sa promulgation. Ce temps a été consacré à réviser substantiellement la version du 1^{er} juin 2013 qui, verrouillée par la majorité conservatrice à l'Assemblée, était destinée à être soumise à des amendements mineurs, n'eut été le blocage opéré par l'opposition démocratique qui défendait le projet d'un État civil moderne fondé notamment sur l'universalité des droits et des libertés, des valeurs de la République, de la démocratie et de l'indépendance de la justice.

Plusieurs amendements furent alors introduits après la grande crise occasionnée par l'assassinat, le 25 juillet 2013, de Mohamed Brahmi, un constituant de l'opposition, et cinq mois après l'assassinat non élucidé de Chokri Belaid, leader d'un autre parti de l'opposition. Ce fut la goutte qui a fait déborder le vase, un vase plein d'échecs économique, social et sécuritaire de la coalition au pouvoir conduite par le parti islamiste Ennahdha. Cette crise a provoqué le retrait de près de 60 députés qui ont organisé un *sit in* sur la place du Bardo face à l'ANC, soutenus par des centaines de milliers de manifestants de la société civile pendant deux mois et demi. Les travaux de l'ANC ont été interrompus et n'ont pu reprendre qu'après un changement radical de cap par la substitution de la logique d'une légitimité électorale – contestée à juste titre car l'Assemblée avait dépassé son mandat – par une légitimité fondée sur le consensus qui a permis le retour des constituants et la poursuite des travaux sur la base d'une feuille de route. Ainsi, à côté de l'ANC, allait se tenir une autre assemblée, une assemblée du dialogue national parrainée par quatre organisations nationales – l'Union générale des travailleurs tunisiens, l'Union tunisienne de l'industrie et de l'artisanat, l'Ordre national des avocats et la Ligue tunisienne des droits de l'homme – et les 21 partis représentés à l'ANC. Cette solution rappelle le système de la table ronde mis en œuvre dans de nombreux pays qui ont connu des transitions démocratiques.

Ce dialogue national s'opérait sous l'œil attentif de la société civile qui a joué un rôle non négligeable en tant que contre-pouvoir mais également un rôle d'appoint dans la rédaction d'une Constitution consensuelle et politique, ce qui a fait sa force au point d'être approuvée par 200 voix sur 215. Toutefois, cette force fera paradoxalement sa faiblesse car la recherche constante du compromis, la fatigue et l'engagement à conclure conformément à la feuille de route et son calendrier ont conduit, assez souvent, la politique à l'emporter sur le droit, sa rigueur, sa précision et sa lisibilité.



S'agissant de la justice, je voudrais mentionner le rôle important joué par les représentants de certaines associations qui étaient présents jusqu'à la fin, particulièrement l'Association et le Syndicat des magistrats. La Constitution a ainsi été modifiée jusqu'aux dernières heures précédant son adoption définitive. Les articles étaient parfois adoptés le matin, on les réexaminait l'après-midi pour les faire « retoucher » par l'assemblée plénière sur la base d'un article du règlement intérieur qui le permettait, en cas de survenance d'un événement nouveau. On s'ingéniait à en faire survenir.

Je peux ainsi personnellement témoigner qu'au moment où on rédigeait et refaçonnait les articles dans les commissions de consensus, qui se sont tenues jusqu'à la fin, il m'est arrivé de faire le va-et-vient entre les représentants de l'Association ou du Syndicat des magistrats et la Commission de consensus pour discuter de la rédaction de certains articles et leur apporter des modifications, dont on trouve aujourd'hui la trace dans la Constitution. Il en est ainsi, à titre d'exemple, de l'article 106. Nous étions aussi sollicités par les représentants des corps des huissiers notaires ou des experts judiciaires assermentés qui souhaitaient voir leurs corps figurer dans la Constitution, en tant qu'auxiliaires de la justice, au même titre que les avocats, l'argument de base étant une meilleure garantie de l'indépendance de la justice et du procès équitable.

Il convient enfin de signaler que cette Constitution comprend un préambule et 149 articles répartis dans onze titres portant successivement sur : les principes généraux, les droits et libertés, le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, le pouvoir juridictionnel, les instances constitutionnelles indépendantes, le pouvoir local, la révision de la Constitution, les dispositions finales et les dispositions transitoires.

II. De l'État de droit comme référentiel du procès équitable

L'État de droit est en quelque sorte le « *back office* » du procès équitable. Je noterai que cette notion n'a pas été étymologiquement retenue dans la Constitution mais elle a été l'objet d'un débat, avant d'être finalement abandonnée. Elle dérangeait car suspectée de renvoyer à un référentiel « étranger » par les conservateurs de l'Assemblée qui étaient majoritaires. Le consensus a conduit à se contenter d'autres formules.

On remarquera que dans le paragraphe 4 du préambule, il est dit : « *Posant les fondements d'un régime républicain, démocratique et participatif, dans le cadre d'un État civil où la souveraineté du peuple s'exerce à travers l'alternance pacifique au pouvoir par des élections libres, un régime fondé sur le principe de la séparation des pouvoirs et sur leur équilibre, où l'État garantit la suprématie du droit, des libertés et des droits de l'homme, l'indépendance de la justice, l'égalité en droits et en devoirs entre les citoyens et les citoyennes, et l'égalité entre les régions* ». On relèvera que la mention que « *l'État garantit la suprématie du droit* » est l'expression, en d'autres termes, de la notion d'État de droit.

L'autre élément important, et j'aime toujours le dire à nos amis étrangers – notamment pour insister sur cette option rassurante à laquelle nous sommes parvenus et qui montre que nous



sommes restés attachés à la civilité de l'État –, c'est l'article 2 qui mentionne que « *La Tunisie est un État civil, fondé sur la citoyenneté, la volonté du peuple et la primauté du droit* ». Cet article fait partie des clauses non révisables, il marque à la fois la civilité de l'État et son attachement à la primauté du droit qui est aussi une autre façon de parler d'État de droit. L'article 102 ajoute : « *Le pouvoir juridictionnel est indépendant et garantit l'instauration de la justice, la primauté de la Constitution, la souveraineté de la loi et la protection des droits et des libertés* ».

Il convient de signaler aussi que la mention de la suprématie de la Constitution et de la loi est de nature à fixer le référentiel de la soumission de l'État au droit. Un droit positif qui ne vient donc pas de l'au-delà, mais un droit posé dans les lois adoptées par les représentants du peuple. À ce titre, toute autre source ne peut être que matérielle et non formelle. Ceci est de nature à garantir la sécurité juridique nécessaire dans un État de droit moderne et ouvert sur le monde qui requiert un droit lisible par les justiciables et qui les met à l'abri des surprises, ce qui est une des conditions substantielles du procès équitable. Par ailleurs, l'institution d'une Cour constitutionnelle parachèvera l'édifice normatif dont seule la complétude permettra la garantie de l'État de droit. C'est chose faite et la balise du droit au procès équitable est ainsi mise en place dans l'architecture de la Constitution.

Je souhaitais de tout cœur que la notion d'État de droit soit mentionnée dans la Constitution, je l'ai défendue jusqu'à la fin, mais il y avait des craintes à l'endroit de telles notions qui, pour les conservateurs, pouvaient nous entraîner hors du champ identitaire national « sacralisé ». On peut toutefois considérer, à partir de toutes ces expressions et mentions, que l'État de droit est consacré dans la Constitution. Je ne suis donc pas angoissé par le fait que la notion d'État de droit, en tant que telle, n'ait pas été mentionnée dans le texte de la Constitution car finalement nous n'avons pas perdu au change avec ce compromis.

III. Du pouvoir juridictionnel comme « habitat » du procès équitable

Dans le cinquième titre réservé à la justice, on notera que le libellé en langue arabe doit être entendu comme signifiant « pouvoir juridictionnel » et non judiciaire. Ce signifiant peut paraître inhabituel car les constitutions retiennent surtout la mention « pouvoir judiciaire ». Dans la nouvelle Constitution tunisienne, nous avons abandonné en substance cette identification de la justice à la justice judiciaire dans un titre assez important qui comporte 22 articles (102 à 121). Il comprend des dispositions générales, suivies d'un premier chapitre portant sur trois justices – judiciaire, administrative et financière – et d'un second chapitre qui porte sur la justice constitutionnelle. Toutes ces « justices » se trouvent donc intégrées dans un même titre contrairement à ce qui était le cas dans la Constitution de 1959. Ainsi l'ancien Conseil d'État, qui coiffait le tribunal administratif et la Cour des comptes d'une part, et le Conseil constitutionnel, remplacé par une vraie Cour constitutionnelle, d'autre part, ne sont plus logés dans deux titres distincts et sont désormais intégrés dans ce nouveau titre en bonne compagnie avec les juridictions judiciaires.



Ce choix a fait l'objet de grands débats et nous avons finalement privilégié l'option d'une justice unifiée parce que la *juris dictio* ou la fonction de dire le droit n'est pas dévolue exclusivement à la justice judiciaire. Il est vrai que nombreux sont ceux qui pensent que la vraie justice est la justice judiciaire, que le juge judiciaire est le juge naturel, le juge de droit commun, alors que les juges administratifs, des comptes ou constitutionnels sont quasiment d'exception. Cette opinion n'a pas été retenue dans la nouvelle Constitution. Cette conception large et unificatrice de la justice trouve par ailleurs son fondement dans le concept même du procès équitable, inscrit dans l'article 14 du Pacte international des droits civils et politiques ainsi que dans l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et particulièrement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui requiert la reconnaissance de ce droit aux justiciables quelle que soit la juridiction à laquelle ils s'adressent. Il a ainsi été retenu, dans la Constitution tunisienne, que cette distinction entre les justices avec des régimes séparés et différents doit être réajustée au profit d'une vision unifiée, sur la base de valeurs communes qui sont des valeurs d'indépendance mais aussi de responsabilité et de compétence, ce qui garantit à tous les justiciables le procès équitable quelle que soit la justice à laquelle ils s'adresseront. Toutes ces justices seront considérées comme naturelles et de droit commun dans leurs spécialités et leurs domaines respectifs, ce qui procède aussi de la logique de la notion d'État de droit dans sa complétude telle qu'énoncée dans la Constitution et précédemment analysée.

Cela s'est opéré au niveau de l'organisation de cette justice globale. En effet, on ne peut parler de procès équitable s'il n'est pas garanti par une bonne administration de la justice, c'est donc l'aspect organisationnel qui est en cause avec ses ramifications. Quand on parle d'organisation de la justice, le principe qui vient le plus à l'esprit est la question de l'indépendance. On ne peut avoir un procès équitable si la justice n'est pas indépendante, ce qui est une question d'organisation plus que de procédure. L'indépendance de la justice dans la Constitution tunisienne sera ainsi très marquée comme l'indique notamment l'article 102 : « *Le pouvoir juridictionnel est indépendant. Il garantit l'instauration de la justice* ». La justice n'est pas dès lors considérée comme une autorité mais comme un véritable pouvoir, un pouvoir unifié et renforcé par le regroupement des quatre justices – judiciaire, administrative, financière, constitutionnelle – dans un même ordre juridictionnel. Il sera d'autant plus renforcé que les trois premières se retrouvent désormais au sein d'un même Conseil supérieur de la magistrature. Sur ce point, la justice constitutionnelle marque son particularisme et restera en dehors de cette configuration.

Ce système répond à un souci combiné d'unification et de spécialisation. Au-dessus des trois organes du Conseil supérieur de la magistrature – Conseil de la justice judiciaire, Conseil de la justice administrative, Conseil de la justice financière – se trouve une assemblée générale qui regroupe l'ensemble et qui constitue en quelque sorte la grande assemblée de réflexion, d'évaluation et de proposition pour tout ce qui concerne la justice dans ses différentes composantes. Pour toutes les propositions de loi, toutes les réformes, toutes les questions qui intéressent la justice en général, c'est l'assemblée générale par son magistère d'influence qui sera garante du respect du pouvoir juridictionnel, lequel désormais n'a plus d'attache avec le pouvoir exécutif. Le Conseil supérieur de la magistrature, qui regroupe les trois conseils



spécialisés et l'assemblée générale des conseils est présidé par l'un de ses membres. Le pouvoir exécutif n'a plus d'attache avec ce Conseil et n'y siège pas. L'option pour cette organisation a été très controversée au début, mais elle a fini par être validée suite à des amendements successifs d'une version à une autre jusqu'au compromis final.

Cette indépendance, qui garantit le procès équitable, se vérifie dans la composition des trois conseils, ce qui constitue une innovation. Ils sont composés pour deux tiers par des magistrats, avec une majorité d'élus, les autres étant nommés *es qualités*, et pour un tiers par des non magistrats. Cette solution, finalement retenue en dépit de l'opposition des représentants des magistrats, procède de l'idée que la justice n'est pas une affaire de corporation, elle intéresse tout le monde, elle a besoin de l'œil du justiciable qui doit être représenté à l'intérieur des conseils comme cela se pratique, du reste, dans tous les pays démocratiques ayant retenu ce modèle d'organisation. Toutefois la présidence de chaque conseil est assurée parmi les plus hauts magistrats. Il s'agit là d'une solution de compromis difficile. Certains souhaitaient la parité entre les magistrats et les non magistrats, et même la présidence des conseils par des non magistrats.

Il y a également une autre fonction particulièrement importante en rapport avec l'impératif du procès équitable mais qui est spécifique à la justice judiciaire, il s'agit du ministère public. Son statut a posé problème et soulevé un débat houleux. Deux options ont été confrontées. Certains souhaitaient une indépendance totale, d'autres un assujettissement au ministre de la Justice. Le compromis a abouti à l'article 115 suivant : « *Le ministère public fait partie de la justice judiciaire et bénéficie des mêmes garanties constitutionnelles que les magistrats. Les magistrats du ministère public exercent leurs fonctions dans le cadre de la politique pénale de l'État conformément aux procédures déterminées par la loi* ».

Le fait d'inscrire dans la Constitution que les magistrats du ministère public sont soumis aux mêmes garanties d'indépendance que les magistrats du siège tendait à dissiper une ambiguïté sur leur statut et rompre avec leur assimilation à de « hauts fonctionnaires » assujettis au ministre de la Justice et donc au gouvernement. Il a été, par ailleurs, précisé que leur fonction est l'application de la politique pénale de l'État et non du gouvernement, d'une part, et conformément à la loi, d'autre part. La formule « politique pénale de l'État » et non « du gouvernement » a été adoptée à l'arrachée, mettant un terme à une large controverse. Cet article ouvre désormais la voie à un réajustement conséquent du statut du ministère public et de son rapport avec le ministre de la Justice. Mais globalement il s'agit là d'une option qui donne une garantie supplémentaire pour le procès équitable.

Pour ce qui est des garanties reconnues aux magistrats, ceux-ci ne sont soumis, dans l'exercice de leurs fonctions, qu'à la loi. Ils bénéficient de l'immunité juridictionnelle et toute ingérence dans le fonctionnement de la justice est interdite (article 109). Tous les magistrats judiciaires, administratifs et financiers sont nommés par décret présidentiel, sur avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature. Les hauts magistrats sont aussi nommés par décret présidentiel, après concertation avec le chef du gouvernement mais sur proposition exclusive



des Conseils supérieurs de la magistrature respectifs. La nomination des magistrats échappe ainsi au pouvoir exécutif qui ne garde qu'une compétence formelle.

L'autre point important, c'est que le magistrat ne peut être muté sans son accord, il ne peut être révoqué ni suspendu de ses fonctions ni subir une sanction disciplinaire que dans les cas et selon les garanties déterminés par la loi et par décision motivée du Conseil supérieur de la magistrature. L'inamovibilité est ainsi inscrite et rien ne peut se faire sans une décision motivée du Conseil supérieur de la magistrature compétent. En revanche, et puisque nous parlons d'éthique, la Constitution prévoit aussi que le magistrat doit être compétent, faire preuve de neutralité, d'intégrité et de redevabilité ou de responsabilité et doit répondre de toute défaillance dans l'exercice de ses fonctions – ce qui n'a pas beaucoup plu aux magistrats. En fait c'est une disposition de bon sens et qui est consacrée ailleurs. Il a été accordé toutes les garanties aux magistrats, il faut aussi qu'ils soient à la hauteur de ce grand pouvoir et de cette confiance.

Partie intégrante de ce pouvoir, la Cour constitutionnelle joue aussi un rôle important en ce qu'elle contrôle la constitutionnalité des lois, soit par voie d'action par le président de la République, le chef du gouvernement ou trente députés, soit par voie d'exception par le biais de l'une des juridictions judiciaire, administrative ou financière. C'est elle qui assure le respect et la suprématie de la Constitution. La Cour constitutionnelle a toutes les garanties d'indépendance, les magistrats sont nommés pour neuf ans non renouvelables et ne peuvent être démis de leurs fonctions. Il y a eu des tentatives jusqu'à la dernière minute pour loger la Cour constitutionnelle dans un titre à part, après l'échec d'une première tentative de la loger dans le titre VI portant sur les instances constitutionnelles indépendantes, mais nous avons tenu bon pour qu'elle soit conservée dans le titre relatif au pouvoir juridictionnel, ce qui fut obtenu.

Il me reste à conclure par des corollaires ou des compléments sur l'indépendance, à savoir la neutralité et l'impartialité. En effet, l'indépendance est un prérequis de la garantie de la neutralité et de l'impartialité des magistrats. L'impartialité n'a pas été mentionnée directement, elle est en quelque sorte implicite dans la lecture de la Constitution.

IV. La genèse et la mise en forme du droit au procès équitable

Le droit au procès équitable ne figurait pas dans la Constitution de 1959 en dépit des différentes révisions opérées pour introduire notamment de nouveaux droits. Il sera désormais mentionné explicitement aux articles 27, 108 et 110 de la nouvelle Constitution. Mais c'est l'article 108 qui est la disposition fondamentale de référence par sa formulation générale et de principe. Il a même servi comme fondement d'une décision rendue par la Cour d'appel de Tunis le 4 Avril 2014 (Aff. 59041). Le juge de première instance ayant refusé à un plaignant le droit d'opposition à une ordonnance sur requête, la Cour a estimé que *« cette décision violait le § 1 de l'article 108 de la Constitution »* et annulé le jugement au motif que : *« Même si la loi ne le prévoit pas, la demande de revenir sur l'ordonnance sur requête, rendue en l'absence du défendeur, est possible afin de lui garantir son droit de la discuter »*



judiciairement dans un procès équitable et assurer l'égalité entre lui et le bénéficiaire de l'ordonnance dans le cadre de procédures garantissant aux deux le droit au contradictoire et de la défense. »

On notera que l'application de l'article 108 a été possible car l'article 148 de la Constitution a prévu que les articles 108 à 111 sont immédiatement applicables contrairement à tous les autres articles du titre V dont l'application est différée jusqu'à la date de la création du Conseil supérieur de la magistrature. Auparavant il avait été envisagé par certains que l'entrée en vigueur de tout le titre du pouvoir judiciaire soit reporté, ce qui n'a pas été retenu. En effet, il n'y avait pas de raison de ne pas appliquer des règles de bon sens, dont l'article 108 sur le procès équitable proprement dit, et d'attendre pour cela la justice de demain. C'est ce qui a finalement été retenu. Je suis donc particulièrement ravi de l'application rapide par une cour de cet article fondamental pour la justice grâce à ce sauvetage, obtenu non sans peine, pour les articles 108 à 111.

À ce titre il sied de faire remarquer que la jurisprudence sera attendue pour enrichir et clarifier le texte. Il convient de rappeler que la force de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme repose sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dont près de 80% des affaires sont relatives à l'application de l'article 6 § 1. Ceci montre que même en Europe et malgré toutes les disparités existantes, la diversité des systèmes juridiques a été unifiée par un travail remarquable d'interprétation de cet article et une jurisprudence abondante de la CEDH qui est devenue une référence. Certes, si nos amis français sont tenus de respecter cet article, nous ne le sommes pas, mais il faut souligner qu'il a été une référence pour les constituants tunisiens. En réalité il a désormais acquis une vocation quasi universelle par certains côtés et notre jurisprudence pourra y trouver, même en partie, des enseignements utiles. En effet, il a été exprimé dans le préambule « *l'attachement de notre peuple aux hauts principes des droits de l'homme universels* »

Pour la petite histoire, lorsque nous discutons de ce qui devait apparaître dans l'article 108, la question s'est posée de s'arrêter à l'expression de « *procès équitable conformément aux standards internationaux* », sans rien ajouter. Cette référence aux standards internationaux n'était pas acceptée par plusieurs, notamment par les conservateurs. Ils estimaient que c'était la porte ouverte à des obligations non conformes à notre référentiel culturel et civilisationnel et qu'il valait mieux désigner expressément ses composantes. C'est ce qui a été finalement convenu comme compromis.

Aux premiers articles précités de la Constitution s'ajoutent les articles 109 à 111, qui mentionnent d'autres composantes de ce droit qui n'était toutefois pas absent de l'ordre juridique. En effet, la Tunisie a ratifié le Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui a, à ce titre, une valeur supérieure aux lois. Ce pacte dresse dans son article 14 un catalogue exhaustif des composantes du « *droit à toute personne à ce que sa cause soit entendue équitablement* », qui a été une source d'inspiration de la Commission constituante sur la justice. La constitutionnalisation de ce droit procède du souci de renforcer sa garantie d'une part, ainsi que le crédit et la confiance dans la justice d'autre part. Le justiciable se



trouvera ainsi doublement protégé par la Constitution en plus de l'article 14 du Pacte international des droits civils et politiques.

Si la constitutionnalisation de ce droit n'a pas posé de problème de principe, elle a divisé en ce qui concerne le lieu de sa mention. Il convient de signaler que le droit au procès équitable allait figurer dans le chapitre sur les droits et libertés. Nous avons tenu à ce qu'il en soit soustrait et logé dans le chapitre V sur la justice. Nous avons résisté à la volonté contraire de certains qui faisaient valoir un argument de logique formelle. En fait nous défendions un argument substantiel : nous voulions que ce droit fondamental soit clairement perçu comme étant le fondement et la finalité de la justice, aussi bien par les magistrats que par les justiciables, dès lors sa place est auprès d'eux, il est inséparable de ce titre. Le débat sur cette question a abouti à une solution de compromis. Les composantes du procès équitable attachées à la justice et à son fonctionnement seront logées dans le titre V sur le pouvoir juridictionnel. Les autres composantes, ayant trait à la personne humaine proprement dite, figureront dans le titre II sur les droits et libertés.

Cela a donné, pour le titre V, la reconnaissance à toute personne « *le droit à un procès équitable dans un délai raisonnable* », « *l'égalité des justiciables, la garantie des droits d'ester en justice et de la défense* », « *la facilitation de l'accès à la justice* », « *l'aide judiciaire aux plus démunis* », « *la garantie du double degré de juridiction* », « *les audiences publiques de principe et obligatoires pour l'énoncé du verdict* » (article 108), « *l'interdiction de toute ingérence dans le fonctionnement de la justice* » (article 109), « *la création des tribunaux par la loi, l'interdiction des tribunaux et des procédures d'exception de nature à porter atteinte aux principes d'un procès équitable, la limitation de la compétence des tribunaux militaires aux seules infractions militaires* » (article 110). On verra que cette disposition sera mise en cause par l'article 149 qui a reporté son application jusqu'à l'amendement des lois en vigueur, alors que l'instance provisoire de la justice judiciaire qui tient lieu de Conseil supérieur de magistrature a considéré comme inconstitutionnel le projet de créer des chambres spécialisées pour juger les crimes terroristes.

La dernière composante est l'interdiction de l'inexécution ou l'entrave des décisions de justice sans motif légal (article 111). Cette dernière composante est essentielle. On sait aujourd'hui que la question de l'effectivité de la justice est aussi un élément important du procès équitable, car à quoi sert d'avoir un jugement si on ne peut pas l'exécuter ? Si l'on pensait avant que l'exécution était l'affaire du ministère public et de la police judiciaire, une nouvelle dimension est apparue, on l'a vu en France avec la justice administrative. La question de l'exécution est de plus en plus rattachée à la justice elle-même, le juge peut suivre l'exécution de la décision qu'il a rendue. L'effectivité fait désormais partie de la justice, et nous l'avons bien senti lorsque nous discutons de ce point au moment de la rédaction du titre sur le pouvoir juridictionnel. Il reste à préciser la sanction dans la loi.

S'agissant du titre II relatif aux droits et libertés, il conservera les composantes en rapport avec le droit pénal telles que : « *la présomption d'innocence du prévenu jusqu'à l'établissement de sa culpabilité dans le cadre d'un procès équitable assurant toutes les*



garanties nécessaires à sa défense durant les phases de la poursuite et du procès » (article 27), « la légalité et la personnalité des peines » (article 28), « la mise en détention ne pouvant avoir lieu que sur la base d'une décision judiciaire avec la garantie du droit du prévenu à l'information des charges et à se faire représenter par un avocat » (article 29), « le droit de tout détenu à un traitement humain qui préserve sa dignité et lors de l'exécution des peines privatives de liberté, l'État doit considérer l'intérêt de la famille et veiller à la réhabilitation du détenu et à sa réinsertion dans la société » (article 30).

Il reste l'article 105 qu'on peut aussi citer comme participant aux droits de la défense qui dispose que *« la profession d'avocat est libre et indépendante, elle participe à l'instauration de la justice et à la défense des droits et des libertés. L'avocat bénéficie des garanties légales le protégeant et lui permettant d'assurer ses fonctions »*. Cette reconnaissance faite au barreau a été très controversée mais l'article est passé à une très forte majorité, renforçant encore les droits de la défense même si ce n'était pas réellement l'objectif recherché.

L'enseignement que j'ai tiré après deux ans d'élaboration du titre relatif à la justice, en plus du contact direct et permanent avec les magistrats, avocats et autres auxiliaires de la justice, c'est que la condition de la garantie du procès équitable se trouve principalement dans le juge et pas dans la Constitution, les lois ou le système juridictionnel. Avec un bon juge, et en dépit de mauvais textes ou du système juridictionnel, on peut garantir, difficilement certes, le droit au procès équitable. Avec de bons textes, un bon système juridictionnel, mais avec un mauvais juge on ne peut garantir ce droit. Avoir les deux, à savoir de bons textes, un bon système juridictionnel et de bons juges serait l'idéal. Mais retenons que la nouvelle Constitution garantit le droit au procès équitable qu'il convient de prolonger dans les lois d'application et la jurisprudence.

Débat

Antoine Garapon : Si je me situe d'un point de vue français, le passage du « judiciaire » au « juridictionnel » me semble extrêmement important, on passe d'un adjectif formé sur une personne à un adjectif formé sur une forme juridique, celle du procès équitable.

L'une des difficultés pour la société française aujourd'hui, c'est la question de la société civile, ces corps intermédiaires dont parlait Tocqueville, la révolution française les a supprimés trop radicalement et trop violemment et aujourd'hui notre démocratie souffre de l'absence de ce que vous nous avez dit de la société civile tunisienne.

L'importance de l'effectivité est capitale, elle est une exigence supplémentaire et parfois terrible pour la justice. L'effectivité c'est bien sûr la nécessité de délais raisonnables, ce qui vient avant le procès équitable, mais c'est aussi d'avoir des jugements qui sont effectivement exécutés. Les Anglo-Saxons ont un terme très intéressant, quasi intraduisible, qui est celui d'« *enforcement* », un défi pour tous nos systèmes de justice.



Dernier élément, réunir dans un même Conseil supérieur de la magistrature toutes les branches de la justice, c'est aussi quelque chose dont rêvent un certain nombre de juges français, notamment judiciaires.

Q : Le Conseil d'État, garant de la justice administrative, n'est pas mentionné expressément dans la Constitution. Comme vous l'avez dit, il y a, au sein du Conseil supérieur de la magistrature, un groupe de magistrats administratifs, mais cela suffit-il à réaliser la justice administrative ?

Fadhel Moussa : Le Conseil d'État ne figure plus dans la Constitution parce qu'avant, le Conseil d'État, tel qu'il existait dans la Constitution de 1959, était une simple appellation qui recouvrait le Tribunal administratif et la Cour des comptes.

Par contre, il y a maintenant, dans la nouvelle Constitution, une Cour administrative suprême, l'équivalent de ce que vous appelez en Égypte le Conseil d'État. On a opté pour une appellation plus compréhensible. La justice administrative se trouve ainsi renforcée car elle a aujourd'hui une Cour administrative suprême, des cours d'appel et des tribunaux de première instance, il y a un véritable ordre juridictionnel.

La dualité de juridiction est maintenue. Au niveau de l'organisation, il y a la justice judiciaire coiffée par la Cour de cassation, la justice administrative coiffée par la Cour administrative suprême, la justice financière avec la Cour des comptes. Les trois sont maintenues séparément avec leurs conseils supérieurs recomposés, mais elles sont toutes regroupées dans une assemblée générale pour toutes les questions communes à la justice.

Q : Quel a été le rôle exact de l'Ordre des avocats dans la préparation de la Constitution ? Est-ce qu'ils sont représentés dans le Conseil supérieur de la magistrature, dans la partie réservée au tiers de non magistrats ? Est-ce qu'en général les avocats jouent un rôle dans la conception des lois, est-ce qu'ils sont interrogés, est-ce qu'ils participent, d'autant que récemment on a entendu parler des problèmes entre les avocats et les magistrats en Tunisie ?

Fadhel Moussa : Les avocats sont bien représentés dans l'Assemblée nationale constituante, il y a à peu près une douzaine de constituants qui sont des avocats indépendants ou appartenant à différents partis dont le parti majoritaire Ennahdha. Ils ont trouvé ensemble une véritable solidarité pour défendre l'article 105 qui constitutionnalise la profession d'avocat que je vous ai cité. Ils ont une influence à l'intérieur de l'Assemblée et ont travaillé en ce sens pour convaincre et faire passer cet article en se muant en lobby. Cela a d'ailleurs créé des problèmes parce qu'ensuite les corporations d'huissiers, de notaires, de médecins, de chefs d'entreprises sont venus nous voir pour nous demander de faire entrer leur corporation dans la Constitution et qu'il n'y avait pas de raison de réserver ce privilège uniquement aux avocats.

Quatre avocats ont participé à la commission que je présidais sur la justice. On travaillait dans un climat assez consensuel, et puis à la fin, malheureusement, il y a eu ceux qui n'étaient pas tout à fait d'accord avec l'idée d'une véritable indépendance de la justice. Il y a eu très rapidement une animosité incroyable de certains avocats à l'égard des magistrats. Ils les



rendaient responsables de tous les péchés. Ils ne voulaient pas leur reconnaître cette indépendance extrême.

Les avocats peuvent être représentés au sein du Conseil supérieur de la magistrature. Les magistrats ne voulaient pas de la présence des avocats au sein du Conseil, ils ne voulaient personne de l'extérieur de leur corps. Cela a été une des questions majeures sur laquelle on a discuté jusqu'à la dernière minute. Au début, il était prévu que le Conseil supérieur de la magistrature soit composé pour moitié de non magistrats et puis finalement on s'est accordé sur un tiers de non magistrats et deux tiers de magistrats comme solution de compromis. Les avocats peuvent participer à l'élaboration des lois grâce à leur présence à l'Assemblée, ils peuvent présenter des propositions de lois, mais il n'y en a pas eu beaucoup.

Concernant la grande querelle entre magistrat et avocats, effectivement il y a eu un véritable conflit, chacun essayant de marquer son territoire et montrer aux autres qu'il faut un respect mutuel. C'est probablement aussi l'une des conséquences de la révolution.

Q : En ce qui concerne les composantes, les ingrédients du procès équitable dans la Constitution tunisienne, j'ai l'impression que le principe du contradictoire en tant que tel n'apparaît pas. Or, comme on va quand même suffisamment dans le détail, pourquoi ne pas mentionner explicitement le principe ? Seconde question : concernant la qualification du procès équitable en tant que standard international, le qualificatif « international » posant problème, pourquoi ne pas utiliser simplement celui de standard « juridique », puisqu'on voit bien la transversalité et l'utilisation généralisée de cette notion, dont on fait précisément un standard ?

Fadhel Moussa : Le principe du contradictoire est inclus dans le droit de la défense, car celui qui dit le contraire, c'est précisément celui qui défend, c'est l'avocat. Je me souviens que nous avons beaucoup discuté sur ce point.

Le principe du contradictoire est un corollaire du droit de la défense. La jurisprudence l'a d'ailleurs ainsi interprété comme mentionné dans un considérant d'un arrêt de la Cour d'appel que j'ai cité. La Cour a invoqué l'article 108 sur le droit au procès équitable et a fait remarquer qu'il englobe un seul droit, celui de la procédure contradictoire et de la défense.

Employer le terme standard juridique au lieu de standard international ne résout pas le problème, il le déplace seulement, car de quel standard juridique s'agit-il ? L'option retenue a été de dire les choses de manière claire, au lieu de laisser la porte ouverte à des interprétations dont on ne sait trop sur quoi elles vont déboucher. C'est pour cela que dans la Constitution, vous avez un catalogue qui reprend en très grande partie ce qui existe dans l'article 14 du Pacte international des droits civils et politiques. Par exemple, l'effectivité est mentionnée dans l'exécution ou l'aide juridictionnelle mais si vous lisez bien, vous trouverez de manière implicite tous les « ingrédients » du procès équitable. Je n'ai donc pas de crainte particulière à cet égard, faisons confiance aux juges, ils sauront trouver dans cette Constitution des choses



qui nous ont échappé ou auxquelles nous n'avons pas pensé. L'exemple précité de la Cour d'appel de Tunis l'atteste.

Q : Vous avez dit que sans Cour constitutionnelle, il n'y a pas de garantie d'État de droit, pensez-vous que l'application différée de la Constitution – essentiellement les articles concernant la Cour constitutionnelle et l'interdiction au juge judiciaire d'examiner la constitutionnalité des lois – porte atteinte à ce principe ? Est-ce que la Cour constitutionnelle telle que prévue par la Constitution peut garantir à 100 % l'État de droit, vu que, selon mon avis personnel, son intervention est assez limitée. Une question d'ordre pratique ensuite : vous avez dit que les articles 108 à 111 sont d'application immédiate, est-ce qu'on peut appliquer ces articles à des litiges qui ont commencé avant leur mise en œuvre ? Pourquoi l'article 108 est-il limité aux justices judiciaire, administrative et financière, et non pas aussi à la juridiction constitutionnelle ? L'article 108 garantit au citoyen le procès équitable, mais le pouvoir constitutionnel parle encore une fois du procès équitable dans le cadre de l'article 110 selon lequel des tribunaux d'exception peuvent être créés s'ils garantissent le procès équitable. Pensez-vous qu'il s'agit d'une sorte de cheval de Troie pour la création de tribunaux d'exception ? À mon sens, le pouvoir constitutionnel s'est contenté de l'article 108 pour éviter, d'une part, de répéter la même chose deux fois avec l'article 110, et d'autre part, de fermer la porte à la création de tribunaux d'exception.

Fadhel Moussa : L'interdiction au juge judiciaire de contrôler la constitutionnalité des lois est claire. Il est dit expressément, y compris dans les dispositions transitoires, que ce contrôle est uniquement réservé à la Cour constitutionnelle et, en attendant sa mise en place, par une instance provisoire de contrôle de constitutionnalité des lois.

La Cour constitutionnelle, qui garantit l'État de droit, a en réalité deux fonctions : la première c'est le contrôle *a priori* des lois avant leur entrée en vigueur et, par voie d'exception d'inconstitutionnalité, les magistrats de l'ordre judiciaire, administratif ou financier peuvent lui transférer, à l'occasion de procès pendants devant eux, le contrôle de la constitutionnalité des lois même si ce sont des lois très anciennes. Et ce parce que le travail de la Cour constitutionnelle est de « purifier » toutes les lois qui seraient contraires à la nouvelle Constitution. J'imagine qu'un grand nombre de lois vont être remises en question à l'occasion de ce contrôle.

L'article 108 se trouve dans la partie sur la justice judiciaire, administrative et financière et s'applique uniquement, au vu de la nature du procès équitable, à ces composantes du pouvoir juridictionnel auquel ces dispositions sont davantage destinées. Mais rien n'empêche la Cour constitutionnelle d'appliquer l'article 108, bien au contraire.

Concernant l'article 110, je crois que nous avons pris toutes les précautions pour dire les choses clairement au sujet de ces catégories de tribunaux. Nous avons pensé en réalité au Conseil de la concurrence ou au Conseil de conflits de compétences qui sont des juridictions spécialisées. Nous voulions laisser ouverte la possibilité de créer des juridictions spécialisées. Nous souhaitons que cette possibilité ne soit pas verrouillée dans la Constitution, sous



réserve d'une conformité avec son architecture générale et le respect de l'article 110. Celui-ci énonce également que l'interdiction porte sur les dispositions d'exception qui pourraient être introduites dans l'ordre juridique auprès de tribunaux judiciaires ou administratifs. Ce n'est donc pas limitatif. Je pense que cet article offre des garanties pour éviter ce genre de justice d'exception que le procès équitable empêche précisément par une double interdiction : l'interdiction de créer des tribunaux d'exception, d'une part, et de promulguer des procédures d'exception d'autre part.

Q : Concernant l'opposition à l'indépendance de la justice au prétexte que les anciens juges qui n'étaient pas indépendants ne puissent pas en bénéficier, je ne sais pas si c'est une bonne ou une mauvaise chose mais je trouve cet argument très intéressant et je pense qu'on devrait réfléchir à cette question. Est-ce que l'indépendance de la justice consacrée par les textes est un droit pour tous les juges ou est-ce quelque chose qui se mérite ? La question ne se pose pas dans le cadre des États qui ont une longue expérience démocratique mais dans les pays qui ont connu des périodes de dictature. Faudrait-il d'abord réformer, épurer la justice, puis consacrer l'indépendance et non pas l'inverse ? Car donner trop de garanties sans faire un travail de réforme intérieur pourrait consacrer l'inertie et éventuellement protéger la corruption.

Q : Comment va-t-on contrôler la constitutionnalité du nouveau code électoral ?

Q : Il y a très exactement un demi-siècle le professeur René Chapus nous enseignait sur les bancs de la Faculté de droit de Tunis le principe de la responsabilité de l'État pour non-exécution des jugements lorsque l'exécution touche à l'ordre public. Est-ce à dire qu'aujourd'hui le principe de l'effectivité, dont l'appréciation doit revenir au pouvoir juridictionnel, va disparaître ?

Fadhel Moussa : La question que vous avez abordée est très compliquée parce qu'il y avait effectivement ceux qui refusaient d'accorder l'indépendance sous prétexte que la justice est corrompue et qu'on n'allait pas faire ce « cadeau » à des magistrats qui ont beaucoup de choses à se reprocher. Mais cette généralisation est excessive. Quand on rédige une Constitution, on ne fait pas du sur-mesure par rapport à la situation du moment sous prétexte qu'une grande partie des magistrats est corrompue et qu'en conséquence, au lieu de leur accorder 100% d'indépendance on se contenterait de 25%. Mais on ne peut fonctionner de la sorte quand bien même les griefs peuvent être fondés. Pour ceux qui n'ont pas été de bons juges, des juges vertueux, il y a des mécanismes disciplinaires, ce qui a été fait d'ailleurs, il y a eu 64 magistrats qui ont été évincés sur la base d'un article qui existe dans une loi tunisienne de 1967, mais c'est très difficile, il y a eu beaucoup d'affaires en justice et certains ont obtenu gain de cause.

Il y aurait eu aussi, dans certains pays, des tentatives d'exclusion des magistrats et leur remplacement. La justice est un vrai problème dans les transitions démocratiques. Il y a eu des lois de lustration, comme en France et même en Tunisie après l'indépendance, aujourd'hui c'est la justice transitionnelle qui a été mise en place comme solution. Mais nous étions, dans la Commission, en majorité pour une véritable indépendance de la justice et la solution a été



trouvée dans cette Constitution. Je suis sûr qu'avec toutes les garanties, avec le temps, avec la bonification du régime des magistrats et de leur statut, cette page sera tournée et cette suspicion généralisée et permanente sera dissipée et la confiance dans la justice restaurée. Il faut y croire et œuvrer pour.

Concernant le contrôle de la constitutionnalité du nouveau code électoral, il y a la Commission provisoire de la constitutionnalité des lois, qui doit être créée incessamment. Le groupe parlementaire dont je fais partie a présenté un projet qui va être examiné, et elle sera mise en place avant que le code électoral ne soit édicté. Cela a fait l'objet d'une grande querelle au sein de l'Assemblée nationale constituante, pour ma part je ne participe plus au vote des lois tant que la Cour constitutionnelle provisoire n'a pas été créée, parce qu'elle a été prévue précisément pour contrôler les lois actuelles donc il n'y pas de raison de promulguer des lois avant leur création¹.

Le principe de la responsabilité de l'État pour non-exécution des jugements remonte, comme l'enseignait le professeur Chapus, à l'arrêt Couitéas du Conseil d'État du 30 novembre 1923, dont les faits s'étaient produits en Tunisie. Ce principe est aujourd'hui corroboré et renforcé par l'article 111 de la Constitution qui énonce le principe de l'interdiction de la non-exécution des décisions.

Q : Vous avez dit que les trois justices – administrative, judiciaire et financière – sont regroupées dans un seul Conseil supérieur de la magistrature, cela signifie-t-il que les magistrats ne sont pas spécialisés, même s'ils sont compétents ? Nous avons ce problème en Libye, vous trouvez des magistrats qui travaillent dans une juridiction pénale pendant quinze ans et tout d'un coup ils se retrouvent dans une cour administrative. Cela pose un problème pour les verdicts, comme par exemple à la chambre administrative de la Cour suprême. Ce ne sont pas de vraies décisions administratives parce que si les magistrats sont compétents et ont des connaissances en droit, ils ne sont pas spécialisés. Est-ce la même chose en Tunisie et si oui quelles sont les solutions pour y remédier ?

Q : Nous sommes d'accord sur le fait que l'indépendance de la justice garantit le procès équitable. Mais concernant la levée de l'immunité des magistrats, il y a un article dans la Constitution qui dispose qu'on peut mettre en arrestation un magistrat pris en flagrant délit. Est-ce que cette disposition ne peut pas mettre le magistrat dans une position d'influence, de partialité ou de non neutralité ? On sait pertinemment que sous l'ancien régime, on a monté des procès contre des gens qui se sont avérés innocents. On peut savoir à l'avance qu'un magistrat va se pencher sur une affaire sensible, de terrorisme ou de corruption où des choses vont être reprochées à l'ancien régime. On pourrait ainsi par exemple mettre une capsule de drogue dans la voiture d'un magistrat qui va statuer sur ces affaires. Avez-vous relevé cette anomalie au moment de l'adoption de la Constitution tunisienne ?

¹ Depuis, cette instance a été créée et a commencé à fonctionner et a rendu cinq décisions de rejet de recours d'inconstitutionnalité de la loi électorale, présentés par une trentaine de constituants. Ces décisions ont fait l'objet de critiques véhémentes et à juste titre par la communauté des juristes. C'est une grande déception. L'espoir demeure dans la vraie Cour constitutionnelle.



Fadhel Moussa : En Tunisie, indépendamment de la Constitution, il y a une spécialisation des magistrats. Il y a trois corps de magistrats avec des statuts autonomes. Chaque justice a son propre système de recrutement. Au tribunal administratif, notamment, on exige au concours une formation en droit public. Je suis d'accord pour dire que l'esprit des publicistes et des magistrats de l'ordre administratif est quelque peu différent de celui des juges judiciaires. De même, la justice constitutionnelle s'accommode mieux avec les publicistes, parce qu'il y a une mécanique, une ingénierie constitutionnelle intellectuelle qui leur est plus familière. Pour résoudre le problème dont vous parlez et pour assurer une bonne administration de la justice, il faudrait précisément choisir autant que possible des magistrats spécialisés sans les déplacer sans cesse d'une juridiction à une autre comme cela se pratique dans l'ordre judiciaire. C'est pour cela que nous avons opté pour une spécialisation mais dans l'unité. Les magistrats sont séparés dans trois conseils supérieurs de la magistrature, spécialisés, mais ils se retrouvent dans une grande assemblée qui regroupe les trois conseils.

L'article 104 sur l'immunité des magistrats² a une petite histoire. D'abord, il y a ceux qui souhaitaient limiter l'immunité au maximum en la liant à l'exercice des fonctions, ce qui a été rejeté. Ensuite, il s'agissait de l'immunité en cas de flagrant délit pour *toute infraction*. Les magistrats ont tous protesté parce qu'à ce moment-là, même pour une simple contravention au code de la route sanctionnable d'une légère peine de prison, on pouvait vous arrêter et vous incarcérer. On a alors remplacé *infraction* par *crime*, une solution trouvée à la dernière minute pour empêcher qu'une simple contravention ne soit susceptible de faire arrêter le magistrat pris en flagrant délit. Mais dans tous les cas le Conseil supérieur de la magistrature doit être informé de l'arrestation et doit décider de la levée de l'immunité. Cet article accorde d'ailleurs au magistrat une meilleure immunité pénale que celle accordée à l'article 69 au représentant du peuple. D'abord, le magistrat n'a pas à se prévaloir par écrit de cette immunité contrairement au représentant du peuple, ensuite, l'article 69 prévoit l'arrestation en cas de flagrant délit pour toute infraction alors que pour le magistrat c'est en cas de crime selon l'article 104.

Tony Moussa

Docteur en droit, Conseiller doyen honoraire à la Cour de cassation française, ancien professeur associé à la Faculté de droit de Lyon (France)

Le procès équitable : son histoire, son évolution et ses contours

La notion de procès équitable, qui doit être distinguée de celle de jugement équitable, peut prêter à confusion en raison de son second terme. On pourrait effectivement penser que l'équité dont il s'agit correspond à la manière de trancher les litiges, non pas en conformité avec les règles du droit, mais selon des critères tirés de la raison, de la morale, de l'éthique, de l'utilité ou d'autres considérations non juridiques. Or, tel n'est pas le cas. L'équité du procès

² « Le magistrat bénéficie d'une immunité pénale, il ne peut être poursuivi ou arrêté tant qu'elle n'a pas été levée. En cas de flagrant délit pour crime, il peut être arrêté et le Conseil de la magistrature dont il relève décide de la suite à donner à la demande de levée de l'immunité ».



consiste à assurer, seulement par application des règles du droit, un procès loyal, garantissant l'équilibre des droits des parties.

Cette notion semble avoir ses origines en Angleterre, dans la *Magna Carta*, la Grande Charte de 1215, dans la jurisprudence des tribunaux de *common law* anglais du 13^{ème} siècle, puis dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Mais il s'agissait alors surtout de l'exigence d'une procédure régulière dans le procès pénal. La même notion a été ensuite introduite dans la Constitution des États-Unis d'Amérique par les 5^{ème} et 14^{ème} amendements. Elle est entrée dans le droit européen par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention EDH), entrée en vigueur le 3 septembre 1953 (dans les 47 États membres du Conseil de l'Europe), qui l'a étendue, notamment en son article 6, à la matière civile au sens large.

Les garanties prévues par cet article 6 ont été consacrées et élargies par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 14), signé à New York le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976 (le Pacte) et qui compte actuellement 167 États. Les garanties que ce Pacte avait élargies ont été intégrées ultérieurement à la Convention EDH par le Protocole n° 7 du 22 novembre 1984. Enfin, l'Union européenne a adopté le 18 décembre 2000 la Charte des droits fondamentaux, une sorte de constitution qui comprend des garanties procédurales inspirées des garanties de la Convention EDH.

Il ne faut pas oublier par ailleurs que :

- dans ses articles 10 et 11, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 comporte l'essentiel de la notion de procès équitable ;
- des garanties, semblables à celles prévues par la Convention EDH et le Pacte, ont été adoptées par la Convention américaine des droits de l'homme – articles 8 et 10 – du 22 novembre 1969, entrée en vigueur le 18 juillet 1978 (et applicable dans 23 des 35 États membres de l'Organisation des États américains, à l'exception notable du Canada et des États-Unis) et dont l'organe majeur est la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui siège à San José, Costa Rica, et veille à l'interprétation et à l'application de la Convention ;
- des éléments du procès équitable figurent, d'une part, dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (articles 7 et 26), adoptée par les pays de l'Organisation de l'Unité Africaine le 21 juin 1981 et entrée en vigueur le 21 octobre 1986, et, d'autre part, dans les « Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire », adoptés à La Haye les 25 et 26 novembre 2002 par le Groupe sur le renforcement de l'intégrité de la justice³ ;

³ Un commentaire très important de ces Principes peut être consulté sur le site Internet des Nations Unies : https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Commentary_on_the_Bangalore_Principles_French.pdf



- des règles du procès équitable ont été consacrées par la (nouvelle) Charte arabe des droits de l'homme⁴, adoptée à Tunis en mai 2004, entrée en vigueur le 15 mars 2008 et que devrait veiller à son application une Cour arabe des droits de l'homme, créée en septembre 2013, ayant Bahreïn pour siège mais dont le statut, la composition, le règlement et la procédure ne sont pas encore connus ;
- l'organisation intergouvernementale UNIDROIT, qui a pour mission d'unifier le droit privé, a inclus dans ses Principes de procédure civile transnationale l'essentiel des règles du procès équitable.

Les principes régissant le procès équitable résultent ainsi essentiellement de l'article 6 de la Convention EDH et de l'article 14 du Pacte, mais aussi de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, qui veille au respect du Pacte, et, surtout, pour la Convention EDH, de la très importante jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) – qui siège à Strasbourg et qui assure le respect des stipulations de la Convention EDH –, sans oublier la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dont le siège est à Luxembourg, qui assure le respect du droit dans l'application et l'interprétation uniforme des traités conclus par les pays de l'Union européenne (droit communautaire) et qui applique elle-même les principes contenus dans l'article 6 de la Convention EDH. À tous ces instruments s'ajoutent bien évidemment les règles et jurisprudences nationales qui doivent être elles-mêmes conformes aux textes susmentionnés, tels qu'interprétés par les organes précités.

Comme il n'est pas possible de présenter ici les règles du procès équitable des différents systèmes ou instruments que je viens de signaler, et pour ne pas limiter ma présentation au droit français, j'ai choisi de passer en revue les garanties du procès équitable telles que prévues par la Convention EDH et explicitées par la CEDH. Ce faisant, je couvre le droit français mais aussi le droit des 47 États membres du Conseil de l'Europe puisqu'ils sont soumis à la Convention EDH et à la jurisprudence de la CEDH, sauf réserves exprimées, le cas échéant, lors de l'adhésion.

C'est principalement l'article 6 de la Convention EDH qui traite des garanties du procès équitable. Il est ainsi rédigé :

1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité – ou une partie – du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique. Et ce lorsque les intérêts des

⁴ Pour une analyse éclairante de cette Charte, voir Ahmed MAHIOU, « La Charte arabe des droits de l'homme », in *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008.



mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal ou lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3. Tout accusé a droit notamment à :

- a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;*
- b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;*
- c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;*
- d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;*
- e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience.*

Ainsi, dans son paragraphe 1^{er}, ce texte détermine son champ d'application en précisant qu'il s'applique, d'une part, aux contestations de caractère civil, et, d'autre part, à toute accusation en matière pénale.

Au premier abord, on pourrait penser que ces notions renvoient à la distinction classique faite en droits internes, nationaux, entre la matière civile et la matière pénale et que toutes les autres matières sont exclues du champ d'application des garanties. Ce serait une grave erreur.

Très tôt, en effet, la CEDH, retenant un critère non pas formel mais purement matériel, a donné de ces notions un sens les distinguant de leurs définitions nationales multiples et faisant d'elles des notions autonomes, ayant une définition conventionnelle, « européenne », propre. Elle a décidé qu'il fallait « se référer à l'essence et aux effets d'un droit et non pas à sa classification juridique en vertu du droit interne de l'État concerné ». Découlant d'une appréciation concrète du droit contesté, qui prend en compte son contenu et ses effets, cette définition s'est traduite par l'extension des matières civile et pénale à d'autres matières n'entrant pas dans les distinctions classiques nationales.

Ainsi, grâce au critère matériel, le caractère civil de la contestation a été étendu aux matières administrative, sociale, financière, disciplinaire et même constitutionnelle, sous réserve, dans ce dernier cas, que la question soumise au juge constitutionnel exerce un effet déterminant sur l'issue de la contestation civile dont est saisi le juge ordinaire. Certaines procédures civiles restent néanmoins exclues du champ d'application de l'article 6, comme les procédures de référé, de récusation ou de remplacement des juges, et le contentieux électoral.



En matière pénale, le critère matériel autonome a permis à la CEDH de retenir qu'il y a « accusation » dès lors qu'il existe une notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale entraînant des répercussions importantes sur la situation du suspect⁵, ce qui inclut l'ouverture d'une enquête préliminaire, la garde à vue, l'arrestation, l'inculpation et même la comparution d'un témoin⁶. La Cour a, par ailleurs, défini les critères autonomes de la matière pénale elle-même. Ces critères sont au nombre de trois : la qualification de l'infraction incriminée par le droit interne de l'État défendeur, la nature même de l'infraction et le degré de sévérité de la sanction. Ces critères ne sont pas d'égale valeur et la Cour en fait une application alternative et, parfois, cumulative. Ils ont permis d'inclure dans la matière pénale les sanctions administratives, les sanctions fiscales, les sanctions des autorités administratives indépendantes, les sanctions des juridictions financières et les procédures devant les chambres disciplinaires des ordres professionnels.

Cela dit, l'article 6 comporte dans son 1^{er} paragraphe les garanties générales qui caractérisent le procès équitable (I), alors que ses paragraphes 2 et 3 prévoient des garanties supplémentaires, spécifiques, au bénéfice de l'accusé (II).

I. Les garanties générales du procès équitable

Ces garanties trouvent certainement leur source ou fondement dans l'article 6 § 1, mais elles ont été explicitées, amplifiées et enrichies par la jurisprudence de la CEDH. Elles comportent d'abord le droit à un tribunal indépendant et impartial (A), complété par des garanties procédurales (B) et couronné par le droit à l'exécution de la décision judiciaire obtenue (C). Nous les présenterons ci-après de manière très synthétique et rapide, leur exposé détaillé ne pouvant se faire dans les quelques minutes qui nous sont imparties.

A. Le droit à un tribunal indépendant et impartial

Le procès équitable exige d'abord que soit assuré le droit d'accès à un tribunal. Il implique ensuite que ce tribunal soit indépendant et impartial.

Le droit à un tribunal : principe et limitations

Principe

« La prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux », a proclamé la CEDH dans son célèbre arrêt *Golder c/ Royaume-Uni* du 21 février 1975. Et la Cour d'ajouter : « On ne comprendrait pas que l'article 6 § 1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui, seul, permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge. Équité, célérité,

⁵ CEDH, 27 févr. 1980, n° 6903/75, *Deweer*, § 42.

⁶ CEDH, 20 oct. 1997, n° 20225/92, *Serves c/ France*, § 42.



publicité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence d'un procès ». Il s'agit donc d'un droit fondamental appelé aussi « droit au juge » ou « droit d'accès à la justice ».

Ce droit impose aux États de mettre en place des tribunaux permettant aux personnes physiques ou morales de recourir à la justice pour faire valoir leurs droits. Le « tribunal » au sens de l'article 6 § 1 doit s'entendre de tout organe juridictionnel (juge unique ou collégialité) qui a le pouvoir de « décider » en matière civile ou en matière pénale, même si cet organe n'est pas considéré comme « juridiction » au sens du droit interne. Il suffit donc qu'il soit un organe de pleine juridiction, compétent pour statuer sur les points de fait et les questions de droit, et qu'il puisse rendre une décision obligatoire qu'une autorité non judiciaire n'aurait pas le droit de modifier.

En toute hypothèse, l'accès au juge doit être concret et effectif, la Convention EDH, ayant pour but, selon la Cour, de protéger des droits, non pas théoriques et illusoires, mais concrets et effectifs. L'effectivité suppose que l'accès au juge ne soit pas entravé par des obstacles matériels, financiers ou juridiques.

Pour surmonter les obstacles financiers, la CEDH, sous l'angle de l'effectivité du droit d'accès, met à la charge des États l'obligation d'organiser un système d'aide judiciaire ou juridictionnelle gratuite en matière civile dans deux hypothèses : lorsque la loi prescrit la représentation obligatoire par avocat ou lorsque la complexité de la procédure ou de la cause rend l'assistance de l'avocat indispensable⁷, étant admis que les États puissent conditionner l'octroi de l'aide financière à un plafond de ressources du requérant. En matière pénale, l'accusé, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, doit pouvoir être assisté gratuitement par un avocat commis d'office.

S'agissant des obstacles juridiques, ils peuvent résulter du formalisme excessif de la procédure et des délais de recours, « *les limitations apportées au droit à un tribunal ne (devant) pas restreindre l'accès ouvert aux justiciables d'une manière ou à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même* ». Ces obstacles peuvent aussi naître, selon des distinctions, impossibles à faire ici, de lois de validation, qui sont rétroactives, et de lois d'interprétation. Quant à l'obligation de constituer un avocat spécialisé devant les juridictions suprêmes, elle n'a pas été jugée attentatoire au droit d'accès à un tribunal en raison de la spécificité de la procédure devant ces juridictions.

L'effectivité du droit d'accès à un tribunal exige par ailleurs que le justiciable puisse obtenir une décision tranchant définitivement le litige et motivée. La motivation est exigée même lorsqu'il s'agit d'une décision de cour d'assises mais la CEDH admet, dans certains cas, que cette motivation ne soit pas détaillée (en France : arrêts de non admission des pourvois en cassation et feuille de motivation des arrêts des cours d'assises...).

⁷ CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c/Irlande*, § 27.



Le droit d'accès à un tribunal comporte-t-il le droit à une voie de recours ? Une distinction doit être faite entre la matière civile et la matière pénale.

En matière civile, ni l'article 6 de la Convention EDH ni aucun autre texte de cette Convention ou de ses Protocoles additionnels ne consacre le droit à une voie de recours, que ce soit l'appel ou le pourvoi en cassation. Cependant, la CEDH juge que si un État organise une voie de recours, il a l'obligation de la soumettre aux règles du procès équitable, en assurant notamment aux plaideurs l'effectivité du droit d'accès aux juridictions de recours⁸. Mais la Cour admet que le recours puisse être soumis à des conditions de recevabilité et à des restrictions, surtout lorsque le recours s'exerce devant une cour suprême.

En matière pénale, l'article 2 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention EDH, intitulé : « Droit à un double degré de juridiction en matière pénale », dispose dans son paragraphe 1 : « *Toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation. L'exercice de ce droit, y compris les motifs pour lesquels il peut être exercé, sont régis par la loi.* »

Ce texte appelle deux observations :

- d'une part, la CEDH a précisé que le double degré de juridiction, ainsi prévu, ne signifiait pas nécessairement un appel et qu'il pouvait s'agir du pourvoi en cassation ;
- d'autre part, littéralement, le texte n'impose pas le principe du double degré quand il s'agit d'une décision d'une juridiction d'instruction car celle-ci ne « déclare » pas la culpabilité et ne prononce pas de « condamnation ». La France respecte néanmoins le principe en matière d'instruction.

Limitations

Selon la CEDH, le droit d'accès au juge n'est pas absolu et des limitations peuvent y être apportées, sous réserve qu'elles ne portent pas atteinte à la substance même de ce droit, que le but poursuivi soit légitime et que les limitations soient proportionnées à ce but légitime⁹. Ces limitations sont nombreuses.

Il y a tout d'abord des limitations d'ordre procédural : exigence d'une qualité, de capacité et d'un intérêt pour agir en justice, obligation d'agir ou d'exercer un recours dans un délai déterminé, des irrecevabilités définitives (prescription par exemple) ou provisoires (obligation de se soumettre à une conciliation ou à une médiation, obligation d'obtenir une autorisation pour exercer une voie de recours, obligation de fournir une sûreté ou une caution pour exercer

⁸ CEDH, 16 oct. 2001, *Eliazer c/ Pays-Bas*, § 31.

⁹ CEDH, 21 févr. 1975, *Golder c/ Royaume-Uni* ; 27 août 1991, *Philis c/ Grèce* ; 16 déc. 1992, *Geouffre de la Pradelle c/ France* ; 28 mai 1985, *Ashingdane c/ Royaume-Uni* ; 18 févr. 1998, *Waite et Kennedy c/ Allemagne*.



une voie de recours). Toutes ces limitations et restrictions sont admises mais sous certaines conditions.

Il existe ensuite des immunités de juridiction admises par la CEDH, qui bénéficient :

- aux États étrangers et à leurs représentations diplomatiques, sauf pour ce qui concerne les actes de pure gestion administrative, comme par exemple un contrat de travail lorsque les fonctions exercées ne relèvent pas de la puissance publique ou ne sont pas liées aux intérêts supérieurs de l'État employeur ;
- aux organisations internationales ; mais, pour déterminer si une immunité est admissible au regard de la Convention EDH, il convient de rechercher, au cas par cas, si les requérants disposaient d'autres voies raisonnables pour protéger efficacement leurs droits garantis par la Convention ;
- aux parlementaires et à certains fonctionnaires, et ce, en droit interne. Ces immunités ne violent pas le droit d'accès à un tribunal, à la double condition que l'immunité se limite aux agissements liés à l'exercice de la fonction stricto sensu et que le requérant dispose d'autres voies de recours pour protéger ses droits « civils », la CEDH vérifiant elle-même, quand elle est saisie, l'existence de la voie de recours de substitution offerte au particulier.

Enfin, en matière pénale, l'article 2 du Protocole n°7 additionnel à la Convention EDH permet de limiter le droit à un double degré de juridiction dans trois cas : lorsqu'il s'agit d'infractions mineures telles qu'elles sont définies par la loi – ce n'est pas le cas si une peine d'emprisonnement est encourue –, lorsque l'intéressé a été jugé en première instance par la plus haute juridiction ou lorsqu'il a été déclaré coupable et condamné à la suite d'un recours contre son acquittement.

Un tribunal indépendant et impartial

À quoi servirait-il d'avoir accès à un tribunal, à un juge, si ce tribunal, ce juge, ne devait pas être, d'une part, indépendant, d'autre part, impartial. Certes, ces deux notions sont étroitement liées mais elles ne se confondent pas. Comme le fait observer un auteur¹⁰, l'indépendance s'exprime en externe, par rapport à d'autres pouvoirs que le pouvoir judiciaire, celui de l'exécutif et du législatif bien sûr, mais aussi tout pouvoir de fait (celui des médias, des experts par exemple) ou encore le pouvoir des parties. Elle relève d'un statut plus ou moins protecteur, alors que l'impartialité est davantage liée à l'organisation et au fonctionnement interne des juridictions, aux qualités personnelles du juge. D'où la nécessité de les examiner séparément. Mais il convient de signaler auparavant qu'aux termes mêmes de l'article 6 § 1, le tribunal doit être « établi par la loi ». Cette exigence ne concerne pas seulement l'existence

¹⁰ Serge Guinchard, Rép. pr. civ. Dalloz, V° Procès équitable, n° 191.



du tribunal. Elle implique aussi l'existence de règles légales déterminant la composition du tribunal, sa compétence et la procédure applicable devant lui¹¹.

Un tribunal indépendant

Dans la jurisprudence de la CEDH, l'indépendance du tribunal ou du juge s'apprécie, en général, objectivement. Les critères objectifs doivent résulter du statut du juge qui doit lui garantir une indépendance organique et fonctionnelle. Cette indépendance doit se traduire, notamment :

- par un mode de désignation et de promotion des juges, qui ne doit pas être laissé à la discrétion du pouvoir exécutif. Ainsi, n'est pas indépendant un tribunal dont l'un des juges est un militaire actif (Cour de sûreté de l'État en Turquie)¹²;
- par l'existence de protection contre les pressions extérieures du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif ou des parties et par l'impossibilité juridique de donner au juge des instructions dans l'exercice de ses fonctions¹³. À ce titre, le tribunal n'est pas indépendant s'il sollicite l'opinion d'une autorité extérieure sur l'interprétation d'un texte, lorsqu'il est tenu de suivre cette opinion¹⁴ ;
- par un principe d'inamovibilité permanente ou pendant toute la durée du mandat si celui-ci est d'une durée limitée ;
- par des mécanismes internes susceptibles d'empêcher les chefs hiérarchiques d'exercer directement ou indirectement une influence sur le cours de la procédure : c'est l'indépendance interne (par exemple distribuer ou fixer l'affaire, sans raison valable, devant un juge autre que le juge « naturel »).

Mais au-delà de ces critères objectifs, la CEDH s'attache à l'apparence d'indépendance, en examinant au cas par cas si le justiciable peut avoir des doutes sur l'indépendance organique du tribunal. Elle fait ainsi application de l'adage anglais « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* » (il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit au vu et au su de tous).

Deux questions se posent à cet égard, concernant respectivement les juges non professionnels et les magistrats du parquet ou ministère public.

S'agissant des juges non professionnels, la CEDH considère que leur présence dans des juridictions spécialisées, que celles-ci soient homogènes ou échevinales, n'est pas en soi

¹¹ Frédéric Sudre, « Convention européenne des droits de l'homme », JCL proc. civ., Fasc. 55, n° 146, février 2013.

¹² CEDH, 9 juin 1998, *Inca c/ Turquie*.

¹³ CEDH, 23 avr. 1987, *Ettl c/ Autriche*.

¹⁴ CEDH, 24 nov. 1994, *Beaumont c/ France*.



contraire à l'article 6 et ne constitue pas, par elle-même, une preuve de partialité du tribunal, à condition toutefois que « *les principes établis dans la jurisprudence quant à l'indépendance et l'impartialité valent pour les magistrats non professionnels comme pour les magistrats professionnels* ». En application de cette réserve, la Cour a jugé, d'une part, que le principe d'indépendance s'opposait à la participation à une juridiction spécialisée d'un fonctionnaire soumis à l'autorité hiérarchique d'une des parties au litige et, d'autre part, que la présence dans une juridiction ordinaire siégeant en formation disciplinaire du représentant du ministre, fût-ce avec voix consultative, était contraire aux exigences de l'article 6.

Quant aux magistrats du parquet ou ministère public, la CEDH considère qu'en raison de leur soumission à un principe hiérarchique vis-à-vis du pouvoir exécutif et de leur qualité de partie poursuivante, ils ne remplissent pas – mais ceci seulement au regard de l'article 5 § 3 de la Convention EDH¹⁵ – les garanties d'indépendance exigées par la jurisprudence pour être qualifiés de juges ou autres magistrats habilités par la loi à exercer des fonctions judiciaires.

Un tribunal impartial

Aussi bien en droit européen qu'en droit français, l'impartialité du juge est considérée comme la pierre angulaire du procès équitable. La jurisprudence de la CEDH sur cette question est abondante. Elle enseigne que, lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'impartialité d'un tribunal, il faut, d'une part, tenir compte de la conviction et du comportement personnel du juge (démarche subjective), d'autre part, rechercher si ce juge offrait des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime à cet égard (démarche objective)¹⁶.

L'impartialité subjective se présume jusqu'à preuve du contraire. Il s'agit donc d'une présomption simple qu'il appartient au requérant de renverser¹⁷.

Quant à l'impartialité objective, elle consiste, selon la CEDH, « *à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier* ». Cette impartialité doit être appréciée concrètement, l'élément déterminant consistant à savoir « *si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées* ». La Cour a affiné sa jurisprudence surtout à propos de l'impartialité fonctionnelle où elle a fait de nombreuses distinctions auxquelles un auteur¹⁸ a consacré des développements détaillés auxquels nous renvoyons et dont nous extrayons le résumé suivant :

- L'exercice successif de fonctions juridictionnelles identiques au titre du même litige n'est pas prohibé : le magistrat qui statue à nouveau sur un même litige, après renvoi, ne

¹⁵ « Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience. »

¹⁶ S. Guinchard, *op. cit.*, n° 238.

¹⁷ CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*.

¹⁸ F. Sudre, *op. cit.*, n° 156 et s.



méconnaît pas le principe d'impartialité de l'article 6 § 1, à la double condition : d'une part, que le tribunal ne soit « *aucunement lié par sa première décision* » et qu'il reprenne « *à son point de départ l'ensemble de l'affaire, toutes les questions soulevées par celle-ci restant ouvertes* » ; d'autre part, que les dispositions de droit interne n'imposent pas le renouvellement de la composition de la formation de jugement en cas d'exercice successif de fonctions juridictionnelles différentes par un même juge dans une même affaire (ce qui est le cas en droit français).

- L'exercice successif de fonctions juridictionnelles différentes par un même juge dans une même affaire pénale n'est pas contraire à l'impartialité objective concrète si l'« étendue », la « nature » ou la « portée » des mesures adoptées par le juge avant le procès pénal ne sont pas de nature, du fait du caractère sommaire des investigations effectuées, à laisser penser que ledit magistrat a un « préjugé » empêchant de le considérer comme impartial. Un raisonnement similaire est suivi en matière civile et en matière disciplinaire. Bien évidemment, le juge ne peut connaître du recours contre sa propre décision mais il peut siéger dans une instance tendant à la rétractation de sa décision (recours en rectification d'erreur matérielle, recours en révision, recours en opposition à un jugement rendu par défaut, etc.). En tout cas, il y a atteinte à l'impartialité objective dès lors que le juge a porté une appréciation préalable sur la question qu'il doit juger, l'appréciation préalable supposant une identité des faits dont le juge concerné a eu successivement à connaître.
- Le cumul de fonctions juridictionnelles et consultatives par un même juge n'est pas en soi contraire à l'article 6, sous réserve que celui-ci n'ait pas de « préjugé », selon la conception de l'impartialité objective concrète.

B. Les garanties procédurales

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, proclame l'article 6 § 1 de la Convention EDH. Il s'agit de garanties procédurales sans lesquelles il n'y a pas de procès équitable. Le terme « équitablement », au sens « équilibré », couvre en réalité deux garanties : l'égalité des armes et le respect du principe de la contradiction, d'une part, la motivation de la décision de justice, d'autre part. Nous allons passer en revue rapidement ces garanties à la lumière de la jurisprudence de la CEDH.

Égalité des armes et respect de la contradiction

Selon la CEDH, le principe de l'égalité des armes constitue un élément de la notion plus large de procès équitable, qui englobe aussi le droit fondamental au caractère contradictoire. Mais, malgré leur proximité, ces deux garanties ne se confondent pas et doivent être distinguées, étant précisé qu'elles comportent une autre notion appelée « droits de la défense ».

Égalité des armes



C'est une composante autonome, une exigence et une garantie fondamentale du procès équitable. Elle traduit, selon la Cour, le « juste équilibre » qui doit s'instaurer entre les parties et implique l'obligation d'offrir à chacune d'elles une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire. Elle doit être respectée dans toutes les procédures et en toutes matières. Elle s'apprécie concrètement, au cas par cas, et globalement, au vu de l'ensemble du procès. Elle s'applique à travers toutes les obligations découlant du principe de la contradiction mais elle s'illustre en particulier dans l'administration de la preuve, exigeant que les parties puissent présenter leurs moyens de preuve d'une manière égale, dans l'exercice des voies de recours (délai égal pour le prévenu et le ministère public) et dans l'intervention du ministère public auprès des juridictions suprêmes.

Sur ce dernier point, la Cour a jugé que la participation de l'avocat général au délibéré de la Cour de cassation ou celle du commissaire du gouvernement au délibéré du Conseil d'État portait atteinte à l'égalité des armes. Pour en décider ainsi, elle a fait application de la « théorie des apparences », estimant que le magistrat du ministère public, parce qu'il recommande l'admission ou le rejet des moyens présentés par l'une des parties, « en devient l'allié ou l'adversaire objectif » et que sa participation au délibéré peut laisser au requérant un « sentiment d'inégalité ». Allant plus loin, la Cour a condamné la présence même de l'avocat général ou du commissaire du gouvernement au délibéré. Cependant, la Cour a admis que la renonciation tacite par le justiciable à la garantie de l'égalité des armes était compatible avec l'article 6 § 1¹⁹.

Cette jurisprudence a produit en France les effets suivants : à la Cour de cassation, l'avocat général n'assiste plus au délibéré. Devant le Conseil d'État, sauf demande contraire écrite d'une partie, le rapporteur public (nouvelle appellation du commissaire du gouvernement) assiste au délibéré mais n'y prend pas part, la demande écrite pouvant être présentée à tout moment de la procédure avant le délibéré. Devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, le rapporteur public ne peut plus être présent au délibéré.

Respect du principe de la contradiction

Le principe de la contradiction, applicable aussi bien au civil qu'au pénal, est une composante essentielle du procès équitable. Il implique en principe la faculté pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision et de la discuter. Ce principe doit pouvoir s'exercer dans des conditions satisfaisantes, en permettant au plaideur, notamment, d'examiner les documents communiqués, de les commenter d'une façon appropriée et de bénéficier d'un délai suffisant pour rédiger ses arguments, quitte à obtenir un renvoi. Le respect du principe s'impose non seulement aux parties mais aussi au juge, par exemple, lorsqu'il relève un moyen d'office ou lorsqu'il envisage de procéder par substitution de motifs. Il ne peut le faire qu'après en avoir informé les parties et sollicité leurs observations.

¹⁹ CEDH, 15 sept. 2009, n° 11396/08, *Étienne c/ France*.



Le principe de la contradiction s'impose également au ministère public qui est tenu de communiquer aux parties ses pièces, avis et conclusions. Il couvre toutes les phases de la procédure, y compris celle de l'expertise technique, dès lors que celle-ci a une influence prépondérante sur la décision du juge mais, quand il s'agit d'une expertise médicale, le principe doit être concilié avec le droit au respect du secret médical de sorte qu'aucun des deux droits « *ne soit atteint dans sa substance même* ».

Cependant, le principe n'a pas une portée absolue et n'implique pas, en principe, que le débat ait lieu sur toute pièce produite mais seulement sur celles susceptibles d'avoir une incidence sur l'issue du litige. Son étendue peut donc varier en fonction des spécificités de l'affaire en cause et il n'exige pas que chaque partie communique à son adversaire des documents qui n'ont pas davantage été présentés au juge.

Il convient enfin de retenir que la note en délibéré permet d'assurer le respect du principe de la contradiction et que le respect du principe se fait *in globo*, et non étape par étape.

Publicité de la procédure

Le procès équitable exige que toute personne ait droit à ce que sa cause soit « entendue publiquement ». C'est ce qu'énonce d'emblée l'article 6 § 1 de la Convention EDH. Cette publicité est un droit fondamental qui s'impose devant tout tribunal, au sens « autonome » défini par la jurisprudence européenne. Dès lors qu'une autorité administrative est qualifiée de tribunal, le droit à une audience publique doit être respecté. Ont été sanctionnées, sur le fondement de cette règle, les procédures disciplinaires se déroulant devant une juridiction ordinaire²⁰. La publicité concerne aussi bien l'audience que le prononcé du jugement.

Publicité de l'audience

Selon la CEDH, l'audience publique permet de protéger les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, la publicité aide à réaliser le but de l'article 6 § 1 : le procès équitable. Il s'agit donc d'un principe qui confère au justiciable le droit à une audience et à une audience publique.

Le droit à une audience est, en principe, absolu lorsque la procédure se déroule devant un premier et unique tribunal. En revanche, l'absence d'audience devant une juridiction de deuxième ou troisième degré peut se justifier par les caractéristiques de la procédure dont il

²⁰ F. Sudre, *op. cit.*, n° 172.



s'agit, si une audience a été tenue en première instance et si la procédure devant la juridiction du deuxième ou troisième degré porte uniquement sur des questions de droit, et non de fait²¹.

Quant au droit au caractère public de l'audience, l'article 6 § 1 permet expressément d'y déroger, pendant la totalité ou une partie du procès, « *dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.* »

L'exigence de publicité est appréciée au vu de l'ensemble de la procédure. Il s'ensuit que le défaut de publicité en première instance ou en appel peut être compensé par des débats publics durant une autre phase de la procédure, à la condition, toutefois, que le contrôle ultérieur soit assuré par un organe judiciaire de pleine juridiction²².

Cela dit, la CEDH juge que ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 § 1 n'empêchent un justiciable de renoncer de son plein gré, de manière expresse ou tacite, à la publicité des débats judiciaires, mais cette renonciation doit être non équivoque et ne se heurter à aucun intérêt public important²³.

Publicité du prononcé du jugement

Aux termes de l'article 6 § 1, « le jugement doit être rendu publiquement », ce qui impliquerait que le tribunal procède à une lecture publique de son jugement. Cependant, faisant une application libérale de ce texte, la CEDH admet d'autres moyens de rendre public un jugement, notamment le dépôt du jugement au greffe (à condition que le libre accès de chacun au texte intégral du jugement soit organisé²⁴) et la publication du jugement au recueil ou journal officiel.

Motivation de la décision de justice

L'obligation pour le tribunal ou le juge de motiver sa décision constitue une garantie du procès équitable exigée implicitement par l'article 6 § 1 à travers l'obligation d'entendre la cause équitablement. En effet, c'est la motivation qui permet de montrer aux parties que leur cause a réellement été entendue. La motivation est le rempart contre l'arbitraire en forçant le juge à prendre conscience de son opinion, de sa portée²⁵. Mais l'article 6 n'exige pas que la motivation soit détaillée et réponde à chaque argument. Selon la CEDH, l'étendue de l'obligation de motivation peut varier selon la nature de la décision et doit s'analyser à la lumière des circonstances de l'espèce. Mais dès lors qu'un moyen soulevé par une partie est

²¹ CEDH, 29 oct. 1991, n° 11274/84, *Andersson c/ Suède* ; 26 juill. 2002, *Meftah et a. c/ France*.

²² CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*.

²³ CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*.

²⁴ CEDH, 8 déc. 1983, *Pretto c/ Italie*.

²⁵ S. Guinchard, *op. cit.*, n° 379.



décisif pour l'issue de la procédure, il exige une réponse spécifique et explicite, étant précisé que l'obligation de motivation perd tout son sens si la motivation elle-même démontre que les juges n'ont pas lu les pièces essentielles du dossier.

Cela étant, la juridiction de recours peut, en principe, se borner à faire siens les motifs de la décision de la juridiction inférieure, à condition qu'elle ait réellement examiné les questions essentielles qui lui ont été soumises et que la première décision soit elle-même correctement motivée. D'autre part, l'article 6 § 1 n'exige pas que soit motivée en détail une décision par laquelle une juridiction de recours, se fondant sur une disposition légale spécifique, écarte un recours comme dépourvu de chance de succès, sans plus de précision (les décisions de non admission des pourvois en cassation en France).

Délai raisonnable

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue « dans un délai raisonnable » et le non-respect d'un tel délai compromettrait l'efficacité et la crédibilité de la justice et violerait la Convention EDH. S'il est évidemment impossible de fixer uniformément et avec précision la durée du délai considéré comme raisonnable, la CEDH a déterminé, d'une part, le début et la fin de cette durée, d'autre part, les critères d'appréciation du délai.

Durée du délai pris en compte

Une distinction doit être faite entre la matière civile et la matière pénale.

En matière civile, le délai commence, en principe, à la date de saisine de la juridiction compétente et arrive à son terme, non pas à la date de la décision tranchant définitivement la contestation, mais à la date d'exécution complète de celle-ci, date à laquelle le droit revendiqué dans la procédure trouve sa réalisation effective. Mais le délai peut commencer avant même la saisine du tribunal. C'est ainsi que le délai peut inclure la durée d'une procédure préliminaire lorsque la saisine d'une autorité administrative est une condition préalable à la saisine du tribunal. En tout cas, le délai couvre en principe l'ensemble de la procédure, y compris les instances de recours.

En matière pénale, le délai commence à la date où l'accusation, au sens de l'article 6 § 1, aura été portée. Par suite, l'accusation peut résider, selon la CEDH, dans l'ouverture d'une enquête préliminaire, dans la notification d'un mandat de saisie ou de perquisition, dans l'adoption par un procureur d'un réquisitoire introductif d'instance contre le requérant ou dans l'inculpation signifiée à ce dernier à l'issue de la garde à vue. Le délai se termine à la date de la décision judiciaire qui statue définitivement sur le bien-fondé de l'accusation, étant précisé que la durée de la procédure inclut non seulement la procédure devant la juridiction du fond mais aussi la phase d'instruction et toutes les instances de recours.



Critères d'appréciation du délai

L'appréciation se fait *in concreto*, au cas par cas, suivant les circonstances de chaque affaire et par une évaluation globale, et non étape par étape. Il s'ensuit qu'un retard au cours d'une phase donnée de la procédure peut se tolérer, à condition que la durée totale de la procédure ne soit pas excessive. Cela dit, la CEDH a dégagé trois critères principaux d'appréciation : la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes²⁶ :

- La complexité d'une affaire peut tenir tant aux faits qu'au droit, à la pluralité des parties impliquées dans l'affaire, aux divers éléments à recueillir ou à la complexité de la procédure nationale.
- Le comportement du requérant peut constituer un fait objectif, non imputable à l'État défendeur, qui doit être pris en compte pour répondre à la question de savoir si la procédure a ou n'a pas dépassé le délai raisonnable. Certes, dit la CEDH, l'article 6 § 1 n'exige pas de l'intéressé une coopération active avec les autorités judiciaires et on ne saurait non plus lui reprocher de tirer pleinement parti des voies de recours que lui ouvre le droit interne. Mais il est tenu d'accomplir avec diligence les actes le concernant, de ne pas user de manœuvres dilatoires et d'exploiter les possibilités offertes par le droit interne pour abréger la procédure. Ainsi peuvent lui être reprochés le manque d'empressement à déposer ses conclusions, des changements fréquents ou répétés d'avocats, la saisine à tort d'une juridiction incompétente, etc.
- Le comportement des autorités compétentes : la CEDH considère qu'il incombe aux États contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations dans un délai raisonnable, et que les méthodes dilatoires utilisées par l'une des parties ne les dispensent pas de leur obligation d'assurer le déroulement de la procédure dans un tel délai. Ainsi, les États ne peuvent invoquer le retard imputable aux experts, le principe selon lequel la conduite du procès incombe aux parties, la surcharge de travail des magistrats ou des greffiers, le changement répété de juges, l'engorgement du rôle, à moins qu'il ne s'agisse d'un engorgement passager pour la réduction duquel des mesures ont été promptement prises, etc. Par ailleurs, certaines catégories de procédures appellent, de par leur nature, une célérité particulière que l'État doit assurer. Il en est ainsi, notamment, des procédures en matière d'état et de capacité des personnes, des procédures en matière de garde d'enfants, des affaires concernant l'autorité parentale et le droit de visite, des litiges du travail ou de ceux relatifs à l'exercice d'une activité professionnelle, du contentieux des pensions, des procédures pénales, surtout quand il y a un détenu.

²⁶ V. S. Guinchard, *op. cit.*, n° 337 et s.



Cela étant, comme le relève un auteur²⁷, l'appréciation du caractère « raisonnable » de la durée de la procédure n'est pas mécanique et aucun des critères n'est, à lui seul, décisif. Le juge européen a égard, notamment quand l'affaire est d'une grande complexité, au « juste équilibre » à ménager entre l'exigence de célérité des procédures judiciaires et le principe général d'une bonne administration de la justice, que consacre aussi l'article 6.

Il convient enfin de signaler qu'en application de l'article 13 de la Convention EDH, l'État partie a l'obligation d'instituer dans son système juridique interne une voie de recours spécifique permettant au justiciable de se plaindre de la durée excessive d'une procédure et, s'il y a lieu, d'obtenir réparation. Lorsqu'un tel recours existe en droit interne, la condition d'épuisement des voies de recours internes (Convention EDH, article 35 § 1) implique que le requérant exerce ce recours avant de saisir la CEDH. À signaler aussi que le justiciable peut invoquer la violation de son droit à un délai raisonnable sans attendre le prononcé d'une décision définitive dans le procès le concernant.

C. Le droit à l'exécution de la décision judiciaire

L'article 6 ne prévoit pas expressément le droit à l'exécution des décisions de justice parmi les garanties du procès équitable. C'est la CEDH qui l'a incorporé à ces garanties par l'arrêt important *Hornsby c/ Grèce* du 19 mars 1997 où elle a énoncé : « *Le droit d'accès à un tribunal serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie. En effet, on ne comprendrait pas que l'article 6 § 1 décrive en détail les garanties de procédure (équité, publicité et célérité) accordées aux parties et qu'il ne protège pas la mise en œuvre des décisions judiciaires. Si cet article devait passer pour concerner exclusivement l'accès au juge et le déroulement de l'instance, cela risquerait de créer des situations incompatibles avec le principe de la prééminence du droit que les États contractants se sont engagés à respecter en ratifiant la Convention. L'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du procès au sens de l'article 6.* »

Cette jurisprudence a été confirmée par la suite. Elle a eu pour effet, d'une part, de rattacher le droit à l'exécution au droit à un tribunal et, d'autre part, d'étendre le délai raisonnable jusqu'à l'exécution de la décision de justice, exécution qui doit être « complète, parfaite et non partielle ». La garantie a par ailleurs été étendue à l'exécution des actes notariés exécutoires garantissant des créances et des actes de conciliation et au contentieux de frais de justice. Elle a été étendue également aux tiers à la décision non exécutée, dans la mesure où cette non-exécution affectait leurs droits, et aux décisions pénales, la Cour jugeant que la non-exécution, pendant plus de trois ans, d'une décision d'acquiescement rend illusoires les garanties de l'article 6 dont la personne acquittée a pu bénéficier durant son procès et prive de tout effet utile les dispositions du paragraphe 1 de cet article.

²⁷ F. Sudre, *op. cit.*, n° 183.



Il s'ensuit que l'État a une obligation positive « d'adopter les mesures adéquates et suffisantes », y compris la modification de sa législation, pour assurer l'exécution et il engage sa responsabilité, non seulement lorsque lui-même ou une de ses collectivités territoriales sont parties au litige, mais aussi lorsque la décision de justice profite à un particulier contre un autre particulier. En effet, en sa qualité de dépositaire de la puissance publique, l'État doit faire preuve de diligence et prendre toutes les mesures que l'on peut raisonnablement attendre afin d'assister le justiciable dans l'exécution de la décision qui lui est favorable. L'État ne peut invoquer son insolvabilité. Il est par ailleurs responsable des carences, manques de diligence ou fautes des agents de l'exécution (fonctionnaires ou huissiers de justice libéraux) dans la mise en exécution des décisions.

Cependant, le droit à l'exécution des décisions de justice n'est pas un droit absolu et subit certaines limitations. C'est ainsi que, dans un litige privé, l'État n'est pas responsable de la non-exécution lorsqu'il a pris toutes les mesures nécessaires pour assurer l'exécution.

Ensuite, la CEDH reconnaît aux États une certaine marge d'appréciation pour réglementer le droit à l'exécution, sous réserve que cette réglementation poursuive un but légitime et ne porte pas atteinte à la substance même du droit à un tribunal. Il en est ainsi lorsque « des considérations sérieuses d'ordre public et social » peuvent motiver un refus d'exécution d'une décision de justice. En matière d'expulsion, par exemple, la CEDH indique « *qu'un sursis à exécution d'une décision de justice pendant le temps strictement nécessaire à trouver une solution satisfaisante aux problèmes d'ordre public peut se justifier dans des circonstances exceptionnelles* », mais elle précise qu'il « *appartient au gouvernement de démontrer que le sursis à exécution n'a duré que le temps strictement nécessaire à trouver une solution satisfaisante aux problèmes d'ordre public auxquels les autorités sont confrontées* ».

Enfin, et c'est important, la responsabilité de l'État n'est engagée, selon la CEDH, que lorsque la non-exécution porte sur des décisions « définitives » et « obligatoires ». Par « définitive », il faut entendre la décision qui tranche la contestation au fond, à l'exclusion des décisions « temporaires » qui ne portent que sur des mesures conservatoires. Par « obligatoire », il faut comprendre non pas la décision frappée d'exécution immédiate, mais la décision qui n'est plus susceptible d'être infirmée en appel ou qui est insusceptible de ce type de recours²⁸.

La CEDH considère en effet qu'il n'y a pas de droit à l'exécution pour les décisions qui ne sont ni définitives ni obligatoires. Ainsi, en droit français, une décision exécutoire immédiatement en raison de la suppression (par la loi ou par le juge) de l'effet suspensif de l'appel (lequel reste néanmoins possible) ne sera pas une décision « obligatoire » au sens du droit européen. Dès lors, le refus de l'exécuter, nonobstant l'exécution immédiate ordonnée ou imposée par la loi, ne pourra pas être sanctionné sur le fondement de l'article 6, § 1.

²⁸ S. Guinchard, *op. cit.*, n° 446.



II. Les garanties spécifiques au bénéfice de l'accusé²⁹

En matière pénale, l'accusé bénéficie bien évidemment des garanties du procès équitable que nous venons de passer en revue, dans la mesure où elles s'appliquent au procès pénal. En particulier, l'égalité des armes et le respect du principe de la contradiction sont renforcés. S'y ajoute le droit de se taire, de ne pas s'auto-incriminer, de ne pas témoigner contre soi-même. Mais l'accusé bénéficie en outre de garanties spécifiques, propres au procès équitable en matière pénale : le droit à la présomption d'innocence (A) et des garanties procédurales propres à assurer les droits de la défense (B).

A. Le droit à la présomption d'innocence

L'article 6 § 2 de la Convention EDH proclame ce droit fondamental dans les termes suivants : « *Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ». Il en est ainsi, non seulement en matière pénale au sens étroit du droit interne, mais au sens plus large de la jurisprudence européenne, ce qui inclut les accusations pouvant donner lieu à des sanctions fiscales ou à des sanctions administratives.

Le respect de la présomption d'innocence s'impose à tous mais il peut se heurter au droit à l'information et à la liberté de la presse, liberté que, souvent, la CEDH fait prévaloir sur le droit à la présomption d'innocence. La loi peut par ailleurs prévoir des présomptions de responsabilité, notamment en matière fiscale, en matière douanière, en matière de sécurité routière. La Cour admet ces présomptions à condition qu'elles restent dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et que soient préservés les droits de la défense. Autrement dit, il doit s'agir de présomptions simples et non irréfragables, que l'accusé peut écarter.

B. Les garanties procédurales assurant le respect des droits de la défense

Prévues au § 3 de l'article 6 de la Convention, ces garanties tendent à assurer à l'accusé les moyens d'une défense efficace. Quelques mots à propos de chacune d'elles :

Le droit d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation

« *Tout accusé a droit à « être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui* ». Le droit à l'information ainsi affirmé doit porter aussi bien sur les faits reprochés que sur la qualification juridique donnée à ces faits. Quant au court délai, à la langue et à la manière détaillée, ils constituent des données de circonstances, appréciées au cas par cas. Plus

²⁹ Sur l'ensemble de ces garanties, voir Serge Guinchard et Jacques Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis, 9^{ème} éd., n° 494 et s. ; F. Sudre, *op. cit.*, n° 194 et s.



particulièrement, l'accusé n'a pas un droit général de se faire traduire l'intégralité du dossier de la cause mais l'État doit s'assurer de l'effectivité du droit.

Le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense

Ce droit doit être effectif mais l'effectivité est appréciée au cas par cas, au vu des circonstances et de la complexité de l'affaire. Il couvre, notamment et en principe, le droit d'accès au dossier et celui de communiquer avec son avocat.

Le droit de se défendre soi-même ou avec le défenseur de son choix

Selon la jurisprudence de la CEDH, le droit de se défendre soi-même implique, notamment, que l'accusé puisse avoir accès au dossier, obtenir communication des pièces de la procédure, recevoir toutes les notifications, prendre la parole à l'audience, bref, exercer toutes les prérogatives de l'avocat. S'il décide d'être assisté dans sa défense, l'accusé doit pouvoir choisir librement son avocat, de communiquer librement avec lui, « hors de portée d'ouïe d'un tiers », de changer d'avocat en cours de procédure et d'avoir l'assistance de l'avocat dès le stade initial de la procédure.

Si l'accusé n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, il a le droit, dit le texte, à pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent. Les conditions mises au droit à un avocat d'office sont appréciées au cas par cas par la CEDH, en prenant en considération l'ensemble de l'affaire, sa complexité et la gravité de la sanction encourue³⁰. Mais en tout cas, il ne suffit pas qu'un avocat soit nommé d'office. Encore faut-il que l'assistance soit effective et concrète et l'État doit y veiller à travers ses juridictions.

L'accusé peut-il se défendre uniquement par représentation, donc sans comparaître en personne ? L'article 6 ne condamne pas le principe même d'une procédure se déroulant en l'absence du prévenu. Mais la compatibilité d'une telle procédure avec l'article 6 est soumise à une condition alternative : soit il est établi « *que le condamné a renoncé à son droit de comparaître et de se défendre* », soit il doit en toutes circonstances pouvoir « *obtenir ultérieurement qu'une juridiction statue à nouveau, après l'avoir entendu, sur le bien-fondé de l'accusation portée contre lui* »³¹.

Le droit de convoquer et d'interroger des témoins

L'article 6 § 3 dispose que l'accusé a droit « *à interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge* ».

³⁰ S. Guinchard et J. Buisson, *op. cit.*, n° 503.

³¹ Frédéric Sudre, *op. cit.*, n° 215.



Il s'agit là d'une application du principe de la contradiction selon lequel les éléments de preuve, dont les témoignages, doivent normalement être produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire. Le mot « témoin » a une signification particulière au sens de ce texte puisqu'il vise le témoin proprement dit, mais aussi l'expert, la partie civile, un coïnculpé et, plus généralement, toute personne dont les dires sont portés à la connaissance des juges et dont ceux-ci tiennent compte pour fonder la condamnation. Les déclarations des personnes qui ne comparaissent pas sont lues à l'audience. Mais le droit d'interroger les témoins n'est pas absolu et, selon la CEDH, il revient au juge national de juger de l'utilité d'une offre de preuve par témoin, à condition, toutefois, que la procédure litigieuse « dans son ensemble » revête un caractère équitable. Enfin, la compatibilité du recours au témoignage anonyme avec l'article 6 de la Convention est subordonnée à certaines conditions.

Le droit de se faire assister gratuitement d'un interprète

Ce droit est reconnu à l'accusé s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. Il s'ajoute au droit à être informé, dans une langue qu'il comprend, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui. Il doit bénéficier à l'accusé, notamment, pour s'entretenir avec son avocat afin de préparer utilement sa défense et, aussi, à l'occasion d'une expertise.

Ahmed Al Koshery

Arbitre international, membre de l'Institut de droit international, ancien professeur de droit international privé (Égypte)

Dans quelle mesure les pays arabes se conforment aux valeurs universelles du procès équitable ?

Le problème du procès équitable a été historiquement posé dans les sociétés occidentales. Ça n'a pas été un sujet qu'on étudiait dans des ouvrages ou des études du droit islamique traditionnel. La question est donc simplement de savoir dans quelle mesure les valeurs universelles inhérentes à cette notion sont contraires ou non à nos traditions juridiques et religieuses.

Je n'y trouve personnellement aucune contradiction, et si l'on puise dans les sources, on voit bien sûr que la *Magna Carta* en Angleterre et d'autres textes ont été à l'origine du concept, mais que ce sont surtout les penseurs français, avec Montesquieu, qui ont posé les bases de ce qu'on envisage aujourd'hui comme étant le procès équitable

Les penseurs français du siècle des Lumières ont été très actifs dans la démonstration d'un rapport infiniment étroit entre la suprématie de la loi et le procès équitable. Un juge doit être indépendant, neutre, il ne doit pas être lié au pouvoir exécutif de l'État. Il doit pouvoir juger n'importe quelle affaire, y compris contre le souverain et contre les autorités politiques du pays. Le régime français en est riche d'exemples.



Maintenant que j'ai atteint ma 82^{ème} année et que j'ai la conscience tranquille, permettez-moi de vous dire la vérité. Lorsque j'avais 20 ans, j'étais considéré comme un privilégié en Égypte. Licencié en droit de la Faculté du Caire en 1952, j'avais été appelé par Sanhoury Pacha pour être adjoint au Conseil d'État. Je devais passer un examen médical et la personne qui m'a accueilli avait une idée un peu particulière de la légalité. Elle m'a dit : « Monsieur, vous n'êtes pas majeur, vous ne pouvez pas être nommé au Conseil d'État ». J'étais, à mon grand regret, en train de quitter le bâtiment, lorsque le secrétaire général du Conseil d'État m'a rappelé pour me dire de me dépêcher avant que l'Assemblée générale, devant laquelle tous les conseillers devaient prêter serment, ne commence. Je lui ai dit que je ne serais pas nommé parce que je n'avais pas 21 ans. Il est alors allé voir Sanhoury Pacha et pendant que j'attendais dans son petit bureau, j'ai entendu toute la conversation. Sanhoury Pacha lui a dit : « C'est moi qui connaît le droit, même s'il a sept ans, il sera nommé au Conseil d'État ! ». Il avait une autre idée de la légalité que celle des bureaucrates.

Je suis donc entré, grâce à cette intervention de Sanhoury Pacha, au Conseil d'État, où j'ai travaillé pendant deux ans. Après que Sanhoury Pacha ait été agressé et quitté par décision militaire le Conseil d'État, mes idées sur la légalité, la suprématie de la loi, ont commencé à être en difficulté. J'étais alors commissaire de gouvernement à la première chambre puis à la Cour administrative suprême créée en 1955. J'ai constaté que le pouvoir politique avait toujours le dernier mot, et c'est une affaire en particulier qui m'a motivé pour quitter le Conseil d'État et me réfugier à la Faculté de droit où il y avait cette indépendance du travail intellectuel.

Cette affaire concernait un magistrat d'une juridiction civile qui avait pris congé parce qu'il avait obtenu un contrat pour aller en Libye, qui devait lui rapporter pas mal d'argent. Il a alors été mis sur une liste noire, avec interdiction de quitter le pays, et fait un recours auprès du Conseil d'État. Mais il y a eu des pressions politiques et la décision a été confirmée.

C'est pour cela que la magistrature indépendante est un élément essentiel dans une société. Cela a changé toute ma carrière, je suis allé à l'université, j'ai profité de mes études en France pour apprendre, j'ai essayé de faire une thèse sur la transformation de la jurisprudence du Conseil d'État en Égypte, en étudiant aussi le modèle français sous Napoléon III. Mon rôle à l'université était d'étudier le droit international privé, j'ai fait de mon mieux pour faire une thèse sur le contrat international qui m'a amené plus tard à voir que j'avais vu juste, les choses que mon ami Tony Moussa vous a dites de façon objective et positive, sur ce qu'il faut faire dans une société déterminée. Malgré mon âge, je vois comment le monde évolue. Je suis juge au tribunal administratif de la Banque mondiale. Les fonctionnaires internationaux n'ont pas de juridiction indépendante nationale à laquelle ils peuvent avoir recours, c'est pour cela qu'il faut des tribunaux administratifs aux Nations unies et dans d'autres organisations.

Dans le système du droit de l'investissement, on applique les mêmes règles du procès équitable, pour vérifier si l'État a pris les mesures nécessaires, si les décisions rendues par les arbitres en question sont dignes d'être exécutées ou pas, en jugeant selon les mêmes critères qui sont d'appliquer le droit tel qu'il doit être entendu, avec une procédure, ce que les Anglais



appellent *rule of law* et *due process*, tous les ingrédients dont Tony Moussa a parlé. Il faut le contradictoire, il faut donner l'occasion aux deux parties d'exprimer leurs idées, on ne peut pas juger sans avoir la preuve, tous ces ingrédients doivent être présents dans n'importe quelle affaire.

Aujourd'hui on a internationalisé les choses, c'est pour cela qu'on parle de standards internationaux, et ce n'est pas une atteinte à la souveraineté de l'État parce que si dans une affaire devant les tribunaux nationaux une entité étrangère ou un investisseur ou n'importe quel individu a subi un traitement indigne du procès équitable, il doit pouvoir faire appel. C'est une question de responsabilité internationale face à ce qu'on appelle dans le jargon anglo-américain, le « *deny of justice* », et ce déni de justice est exactement de ne pas respecter les valeurs et les normes essentielles du procès équitable.

Nous vivons dans un monde où les frontières sont tombées. Moi je serais le premier à parler de la souveraineté nationale de mon pays, de mon peuple, mais nous vivons dans un monde où tout doit être en conformité avec des règles transparentes, applicables, qui respectent le droit des gens, des citoyens et des étrangers traités sur un pied d'égalité. Je plaide pour ces valeurs qui sont arrivées à nous depuis Montesquieu et les penseurs du 18^{ème} siècle, qui ont été par la suite affinées en Europe et aux États-Unis pendant des siècles, et j'estime que nous faisons partie d'un monde qui doit respecter ces normes.

Dans quelle mesure les pays arabes, surtout les pays passant par des périodes transitoires, se conforment à ces valeurs universelles ? Ce n'est pas à moi de répondre, c'est aux juges de voir si par exemple dans les affaires où un tribunal militaire juge des civils, c'est acceptable ou non. Pour moi, ce n'est pas acceptable. La Tunisie est un exemple heureux, vous êtes arrivés par consensus à avoir une Constitution que presque toute la population a acceptée. En Égypte, au moment de la rédaction de la constitution actuelle, vous ne pouvez pas imaginer le nombre de pages dans les journaux, les heures à la télévision pour discuter si on doit déférer les inculpés d'actes de terrorisme ou contre l'État devant des tribunaux militaires.

Quand on voit que certains procès politiques ont duré presque trois ans, avec des jugements cassés par la Cour de cassation et qui retournent devant les Assises, et dont on ne sait pas quel sera leur sort définitif, cela donne raison de penser qu'il faut respecter les valeurs universelles du *due process*, du procès équitable, afin de passer cette période difficile avec le moins de dégâts possibles pour arriver à une société où le droit est respecté.

Débat

Q : Est-ce que le respect des garanties du procès équitable n'affecte pas le principe essentiel et cardinal, à savoir la célérité et la rapidité du procès, autrement dit ce qui compte pour le justiciable est-ce d'avoir un procès célère et rapide ou un procès lent mais équitable ?



D'autre part, vous avez dit qu'on ne peut pas avoir une justice équitable si elle est secrète. Mais dans une justice privée comme l'arbitrage, le secret des délibérés ou plutôt la confidentialité est qualifiée comme une garantie à un procès équitable pour les parties.

Tony Moussa : Je pense qu'il n'y a pas une antinomie entre justice équitable et délais, le procès équitable suppose qu'une personne puisse être jugée ou que son affaire soit jugée dans un délai raisonnable. Qu'est-ce qu'un délai raisonnable ? Il n'est pas quantifié, c'est au vu de plusieurs critères, notamment la complexité de l'affaire, mais aussi le comportement du justiciable lui-même, parce qu'il y a des justiciables qui cherchent à prolonger la procédure. Je ne suis pas sûr que le justiciable veuille obtenir rapidement une décision qui ne soit pas conforme aux règles qui gouvernent la justice équitable. La justice expéditive n'est pas une justice. Il ne faut pas, évidemment, qu'elle soit excessivement lente mais le temps de la justice est indispensable, on ne juge pas comme on prend n'importe quelle autre décision.

Le magistrat que je suis par essence sait bien que quelquefois le temps de maturation d'une décision est extrêmement important, qu'une décision prise au bout de quinze jours n'est pas la même que si elle avait été prise immédiatement, le jour de l'audience ou le lendemain. Et que dire aussi de la nécessité d'un délibéré, d'une discussion collégiale qui peut se dérouler en plusieurs phases ? Donc ne confondons pas justice rapide ou justice expéditive avec justice équitable, les deux choses n'ont rien à voir. Ce que le procès équitable exige, c'est un délai raisonnable mais compte tenu de plusieurs critères.

L'arbitrage est une justice privée mais c'est une justice qui est en même temps enserrée dans des règles, soit nationales dans les codes de procédures, soit des règles établies par des chambres ou organismes internationaux. Toutes ces règles doivent respecter un minimum de notions qui sont les notions universelles du procès équitable. Je ne vois pas en quoi l'arbitrage ne devrait pas respecter le principe de la contradiction, l'égalité des armes, etc. Il n'y pas vraiment beaucoup de différence, sauf que sur certains aspects, les règles ne sont pas les mêmes. Les parties nomment leurs juges et elles acceptent d'échapper ou bien de ne pas se soumettre aux règles étatiques du procès devant les tribunaux de l'État.

Ahmed Al Koshery : Un jugement définitif rendu dans une période raisonnable est une chose fondamentale. Il y a beaucoup d'affaires internationales où un État a été condamné pour déni de justice parce que le procès a pris plusieurs années, sans vraiment faire le nécessaire pour qu'il soit mené d'une façon efficace. L'efficacité n'est pas le contraire d'un jugement dans un délai raisonnable.

Pour l'arbitrage, n'importe quelle décision rendue par un tribunal arbitral est soumise à ce contrôle de la légalité. Il y a la Convention de New York qui précise pour l'ensemble des pays du monde les raisons pour attaquer et demander l'annulation d'une décision arbitrale. C'est là où il y a la question du *due process* ou du procès équitable. Beaucoup de sentences ont été annulées parce que le tribunal n'a pas pris soin de respecter les règles dans ce domaine. On n'entre pas dans la confidentialité, on ne regarde pas le fond, on doit simplement juger si les règles procédurales essentielles ont été suivies ou non. C'est cela le critère de contrôle pour



avoir l'*exequatur* dans un pays, on ne juge pas en lieu et place du tribunal arbitral mais simplement pour s'assurer qu'il a bien fait son travail, conformément à des règles respectables.

Pour l'arbitrage dans le domaine d'investissement, tout est public, toutes les décisions sont publiées sur les sites Internet, les noms des parties, les démarches, etc. Il y a donc une différence entre arbitrage confidentiel entre parties et arbitrage concernant un État ou des pouvoirs publics, accusés de ne pas traiter la personne ou la société en question selon les règles de la légalité qui s'imposent.

Q : Nous connaissons de nos jours des phénomènes criminels très répandus, soit sur le plan national, soit sur le plan international ou transnational, tels que les phénomènes de terrorisme, de corruption, de blanchiment d'argent, ce qui a amené à créer des pôles judiciaires financiers ou spécialisés en la matière et à former des magistrats. Est-ce que l'interprétation des caractéristiques du tribunal compétent inclue ou englobe le terme ou la qualité d'un tribunal spécialisé, ou bien interprète-t-on le mot tel qu'il est, « compétent » et « spécialisé » ? Y a-t-il une jurisprudence dans ce sens-là auprès de la Cour européenne des droits de l'homme ?

Q : Depuis 2011 certains pays arabes ont entamé une phase démocratique qui a engendré de nouveaux principes concernant la justice, on parle entre autres de justice transitionnelle, qui s'exerce en même temps que la justice traditionnelle. Est-ce que la justice transitionnelle doit obéir aux mêmes exigences de procès équitable ou d'autres objectifs peuvent porter atteinte à ces exigences ? En Tunisie, la loi sur la justice transitionnelle bénéficie d'une immunité presque totale, on ne peut pas la réviser, on ne peut pas faire un procès à la constitutionnalité de cette loi, elle bénéficie selon l'article 148 d'une immunité concernant l'examen de sa conformité à la constitution.

Q : On a beaucoup parlé des garanties du procès équitable comme l'indépendance de la justice et les droits de la défense. Est-ce que ces garanties sont suffisantes pour les pays arabes, notamment pour la Libye, et est-ce que l'aide des autres pays pourrait être l'une de ces garanties ?

Q : En cas de retard, au-delà du délai raisonnable, est-ce qu'on peut poser la question de la responsabilité du juge, et est-ce que cela est utile ?

Q : Concernant les garanties du procès équitable et pour rejoindre mon collègue sur la question de la justice transitionnelle, nous savons que le procès équitable se base généralement sur les garanties de l'inculpé, alors que la philosophie de la justice transitionnelle est fondée sur la victime. Peut-on dire que les garanties du procès équitable sont vraiment bonnes pour la justice transitionnelle ?

Q : Par rapport à l'indépendance de la justice, il y a un débat actuel en France qui est celui de la politisation des juges. Le problème peut aussi se poser pour les pays arabes sous diverses



formes. Jusqu'où doit aller l'indépendance de la justice, y a-t-il un curseur à trouver, avec une protection contre la politisation excessive des juges ?

Q : Pour compléter la question posée à propos de la politisation des juges, nous savons que depuis quelques années, il y a un terme qui court dans les médias, qui est celui de « l'État des juges ». Est-ce que ce terme désigne selon vous quelque chose de précis et est-ce qu'il y a des garanties pour que les juges exercent dans un cadre à ne pas dépasser ?

Q : Ne pensez-vous pas que la notion de procès équitable peut avoir ses limites lorsque son application a pour conséquence de remettre en cause l'équilibre d'un système ? Je pose la question notamment par rapport au problème du statut du procureur de la République en France. On est dans une situation relativement claire, où la Cour européenne des droits de l'homme considère aujourd'hui que le procureur de la République français n'est pas une autorité judiciaire indépendante au sens de la Convention. Or, on sait qu'en France, nous avons un système inquisitoire, avec un statut qui s'explique par la présence parallèle d'un juge d'instruction. Face à des systèmes juridiques différents en Europe, inquisitoires et accusatoires, pensez-vous que l'on doive appliquer cette notion de procès équitable, alors que nous n'avons pas de système unique européen ?

Tony Moussa : Concernant la jurisprudence européenne sur la question du tribunal spécialisé ou compétent, plusieurs questions doivent être posées. Est-ce que l'exigence d'un tribunal compétent a une signification particulière ? Qu'est-ce qu'un tribunal compétent ? Est-ce une compétence au sens où chacun des membres a les facultés intellectuelles, a été formé pour juger tel ou tel point, ou bien est-ce qu'un juge compétent, c'est celui qui a été désigné par la loi pour juger telle sorte de conflit ? Ce que la Convention européenne veut assurer en réalité, c'est que les juges tranchent les litiges qui normalement relèvent, de par la loi, de leur compétence, et qu'on n'attribue pas ces affaires à des personnes qui n'ont pas cette attribution légale.

Le tribunal compétent n'est donc pas incompatible avec l'existence de tribunaux spécialisés. On peut être magistrat spécialisé et on peut être magistrat de droit commun, on peut s'occuper de législation du travail, tout en étant compétent aussi pour juger des affaires pénales. L'essentiel c'est qu'on ne retire pas des affaires à leurs juges naturels qui sont les juges compétents de par la loi, pour les faire juger par des juges qui n'ont pas cette compétence légale.

Si les juridictions d'exception ne remplissent pas en principe les conditions de la justice équitable, les juridictions spécialisées remplissent, elles, tous ces critères et ne peuvent pas encourir le risque de la critique d'une justice qui serait inéquitable.

Procès équitable et justice transitionnelle : j'ai beaucoup de difficulté à répondre à cette question, parce que tout dépend de ce qu'on met dans justice transitionnelle. Est-ce une justice libérée des garanties générales de la justice équitable ou pas ? Si elle est libérée de ces garanties, pour moi la réponse est facile, elle n'est pas équitable, puisque le procès équitable



est universel et doit s'appliquer quelles que soient les circonstances. Les limitations apportées aux règles du procès équitable seraient des limitations d'ordre politique, décidées en fonction d'une période insurrectionnelle ou révolutionnaire, et dans ce cas il serait très difficile de pouvoir faire une comparaison.

Il n'appartient pas au juge de dire si on doit pendant une certaine période limiter les droits, car le juge dira non. Le droit doit s'appliquer parce que c'est une garantie qui est de l'essence même de la justice et parce que, normalement, on ne doit pas pouvoir juger quelqu'un sans lui donner les garanties quelle que soit la période par laquelle passe le pays, sinon c'est l'arbitraire qui prévaut et c'est le pouvoir reconnu à l'autorité politique de se libérer de toutes les contraintes. Dans ce cas, la période transitionnelle justifierait-elle qu'on supprime le droit de la défense, la contradiction, la publicité, la compétence, le juge naturel etc. ? Si je vous pose la question, vous me direz non à chaque fois. Et je vous répondrai à ce moment-là que la justice transitionnelle selon moi ne justifie pas qu'on puisse échapper aux règles du procès équitable, parce que ce sont des règles de base. Dans leur énumération même, vous voyez qu'il n'y a rien qui soit vraiment inaccessible, c'est quelque chose qui est lié aux droits de l'homme, et les droits de l'homme doivent-ils subir une méconnaissance, une violation, parce qu'on est dans une période transitionnelle ? Ma réponse reste au niveau des principes mais je ne vois pas personnellement pourquoi on méconnaîtrait les garanties essentielles des gens pour pouvoir au nom d'une période transitionnelle les en priver.

Peut-on mettre en cause la responsabilité du juge quand il dépasse le délai raisonnable ? Le délai raisonnable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est un délai qui est apprécié sur l'ensemble de la procédure et non pas étape par étape. Cela veut dire qu'il peut y avoir des étapes où le procès a été ralenti et d'autres étapes où il a été accéléré, il y a donc une appréciation globale de la durée du procès. Mais, surtout, ce que condamne la Cour européenne des droits de l'homme, ce sont les moments où rien n'est fait dans un dossier, où un dossier est resté pendant un an, deux ans, sans être ouvert par le juge, il n'y a aucun acte et il n'y a aucune raison, aucune justification pour cette inaction. Mais ce n'est pas parce qu'un procès a duré trois ou quatre ans qu'il a dépassé *ipso facto* le délai raisonnable. Il y a plusieurs critères qui entrent en jeu pour apprécier le délai raisonnable, comme la complexité de l'affaire, les expertises, la pluralité des recours, etc.

Au-delà, lorsqu'un délai n'est pas raisonnable selon tous ces critères, est-ce qu'on peut demander des comptes au juge ? Le juge est certainement responsable parce que dans un procès, à condition qu'il maîtrise l'affaire, il est responsable du bon fonctionnement de sa propre juridiction et surtout de faire en sorte d'activer le procès. S'il est fautif, tout dépend des systèmes et des pays, mais normalement on ne met pas le juge face au justiciable, on ne l'autorise pas à venir lui demander des comptes directement et à le faire condamner. Dans un cas comme celui-ci, c'est l'État qui est responsable du mauvais fonctionnement de la justice et le justiciable doit pouvoir demander des comptes au juge mais à travers l'État. Pour le bon fonctionnement de la justice, il ne faut pas que le juge devienne l'adversaire direct du justiciable, mais le justiciable doit pouvoir obtenir une réparation, une indemnisation de son préjudice.



Et il ne faut pas seulement penser aux réparations d'un préjudice, il y a aussi l'aspect disciplinaire. Un État qui respecte les règles du procès équitable doit avoir prévu des procédures disciplinaires à l'encontre de ses propres juges. Lorsqu'un juge ne fait rien dans un dossier, il doit y avoir la possibilité, même en cours de procès, de saisir un organe – généralement le Conseil supérieur de la magistrature – qui puisse en répondre et qui puisse demander des comptes aux juges. Il y a cette possibilité aujourd'hui en France.

Évidemment, il y a un filtrage parce qu'on ne peut pas laisser non plus la possibilité d'agir directement devant le juge. Mais le juge est responsable moralement, ça fait partie de l'essence de sa fonction de rendre la justice dans un délai raisonnable. Il peut être responsable sur le plan de la responsabilité civile, soit directement – ce qui n'est pas le système français –, soit indirectement parce que l'État peut être condamné en raison du fonctionnement défectueux de la justice, lorsque la durée du procès équitable n'a pas été respectée par exemple, quitte pour l'État à se retourner éventuellement contre le juge. Mais ne mélangeons pas la responsabilité du juge et le fait que quelquefois il n'a pas les moyens d'agir plus vite. Un juge d'instruction, lorsqu'il a 100 ou 200 dossiers à gérer en même temps, vous pourrez lui mettre toutes les pressions du monde, il ne pourra pas faire mieux que de prendre des dossiers en établissant un certain ordre de priorité.

Concernant l'indépendance des juges en France, je ne sais pas s'il y a une politisation des juges. Il y a des déclarations d'hommes politiques, qui disent que la justice est partielle ou politisée, on parle parfois de gouvernement des juges, mais lorsque vous regardez cette question dans le temps, dans la durée, vous trouvez que les juges sont toujours critiqués selon que les décisions de la justice profitent à un camp ou à un autre en fonction des périodes.

Mais est-ce que cela veut dire que les juges sont politisés ? Lorsqu'un juge est chargé d'une information contre un responsable politique et qu'il rend une décision motivée qui met en cause cet homme politique, ce seul fait suffit-il à dire qu'il est politisé ? Il ne faut pas oublier non plus que la justice est organisée de manière à ce que des voies de recours existent. Lorsqu'un juge de première instance prend une décision, et si on estime que cette décision est erronée, il y a des voies de recours qui peuvent remettre en cause cette décision. Si le comportement du juge révèle une partialité, là c'est beaucoup plus grave, mais d'une part cela se verrait, et d'autre part il y a des moyens, des mécanismes dans la loi interne qui permettent de dessaisir ce juge, de dépayser une affaire, il y a des procédures disciplinaires.

Donc parler de politisation des juges en France, c'est périodique, ça revient à chaque fois qu'un homme politique est en cause. Personnellement j'estime que c'est un faux problème, il n'y a pas de politisation mais il y a un problème réel, majeur, qui est celui de l'indépendance du ministère public et c'est une autre question. Est-ce qu'on ne mélange pas les choses quand on parle de politisation de la justice, est-ce qu'on peut parler de politisation parce qu'un procureur de la République a ouvert une enquête, a pris des réquisitions ? Est-ce cela politiser la justice ?

Le problème est discuté en France depuis des années maintenant, il y a ceux qui disent qu'il faut absolument couper le lien entre le ministère de la Justice, le pouvoir exécutif et le



ministère public, et d'autres qui disent, dans un État démocratique, il faut aussi que la politique générale de l'État puisse être relayée au quotidien devant les tribunaux, par des magistrats. Je pense qu'il y a un équilibre à trouver. On sait que le juge du siège, lui, est complètement indépendant, pour moi c'est la garantie de l'absence de politisation possible mais concernant le ministère public, si le système garantit qu'on ne puisse pas lui donner des instructions individuelles, je pense que cela n'est pas incompatible avec le fait qu'on puisse demander devant le juge l'application de la politique pénale fixée par l'État.

C'est une question qui est en permanente évolution, même en France, où les solutions ne sont pas évidentes avec la succession des gouvernements. Lorsqu'on est dans l'opposition, on dit qu'il faut absolument réformer le système du ministère public, couper le lien, mais lorsque la même opposition arrive au pouvoir, elle ne fait plus la même demande, elle ne prend pas la même mesure. Mais de grâce surtout, il ne faut pas dire que la justice est politisée parce qu'il y a un procureur de la République qui est lié hiérarchiquement au Garde des sceaux, tout dépend de ce que le Garde des sceaux a le pouvoir de donner comme instruction.

Est-ce que le procès équitable ne risque pas de remettre en cause un système comme le système français et dans la plupart des pays ? J'entends bien l'objection mais il faut faire attention, la Cour européenne des droits de l'homme ne dit pas que le ministère public n'est pas un magistrat, elle dit que ce n'est pas un magistrat « *au sens de l'article 5* » qui exige qu'une personne arrêtée puisse être mise en présence d'un magistrat. Elle dit que ce n'est pas une autorité judiciaire parce que cela suppose une protection des droits de cette personne. Il me semble que sa définition du rôle du ministère public est une position en devenir, qu'elle essaie d'ajuster, mais cela n'empêche pas la réflexion. Lorsque la Cour dit que le ministère public ne doit pas participer aux délibérés, qu'il ne doit même pas participer à l'audience d'une juridiction, ceci a finalement été accepté par la Cour de cassation en France et par le Conseil d'État, donc il y a une marge à la discussion.

Ahmed Al Koshery : La justice transitionnelle est une justice politique qui n'a rien à voir avec le procès équitable. Elle a été faite en Afrique du Sud, au Maroc, au Brésil, pour liquider les conséquences des problèmes locaux.

La politisation des juges, je suis tout à fait contre, et le terme même est apparu dans la littérature après Roosevelt et le *New Deal*, pour parler de « *government by judges* » et il y a la thèse de Roger Pinto, « Des juges qui ne gouvernent pas », c'est un très vieux problème, mais on doit dépasser ces choses-là qui n'ont aucune valeur dans le monde actuel.



ÉTAT DES LIEUX

Christian Vennetier

Magistrat de liaison à l'ambassade de France (Tunis)

Propos introductifs

Avant d'être magistrat de liaison en Tunisie, poste qui vient juste d'être créé et que j'occupe depuis maintenant trois mois, j'étais magistrat du parquet à Bordeaux. J'occupais des fonctions dans l'une des huit « juridictions interrégionales spécialisées » qui existent en France. Ces juridictions sont spécialisées en particulier dans la lutte contre le terrorisme, la criminalité organisée et la grande délinquance financière. Elles peuvent pour cela appliquer des règles dérogatoires au droit commun, par exemple en matière de garde à vue. En France, la garde à vue est de 48 heures maximum, alors qu'en matière de criminalité organisée, de terrorisme ou de trafic de drogue, elle peut aller jusqu'à 96 heures, soit quatre jours. Je crois qu'en Tunisie cette règle n'existe pas, la rétention est la même pour toutes les affaires.

Il y a d'autres règles dérogatoires au droit commun, par exemple en matière d'écoutes téléphoniques. En France, les écoutes téléphoniques ne peuvent être ordonnées que par un juge du siège, donc indépendant. En matière de criminalité organisée ou de trafic de drogue, ces écoutes peuvent être ordonnées par le procureur de la République pour une durée limitée.

Je voulais mettre en débat cette question de la justice « entre les deux », par rapport aux règles du procès équitable qui impliquent une proportionnalité, une égalité de tous devant la loi. Là, nous avons des régimes spéciaux, des règles dérogatoires, qui ne sont pas exorbitantes, mais qui ne sont pas des règles de droit commun.

Je voudrais rappeler aussi qu'il me paraît évident que le droit à un procès équitable ne peut être séparé du droit à un procès « *éthicable* ». Le procès équitable ne s'arrête pas à l'élaboration et à l'application d'un corpus de règles qui assurent le respect de ses principes, aussi parfaites soient-elles. Il est conditionné également à un devoir d'éthique de ceux qui sont chargés de les appliquer. Ce devoir d'éthique signifie qu'il faut faire attention à la formation de ces acteurs, aussi bien magistrats qu'avocats et autres auxiliaires de justice. Il faut les former à la connaissance des règles du procès équitable qu'ils sont chargés de faire appliquer.

Formation initiale et formation continue, dans les écoles de la magistrature et d'avocats, c'est à cette condition que les principes du procès équitable pourront être respectés. Il faut former les acteurs à l'application de ces règles, ainsi qu'à la réflexion sur leur propre éthique et en particulier l'indépendance, qui est certes institutionnelle et doit être garantie par les textes, mais l'indépendance d'un magistrat n'est-elle pas en premier lieu l'indépendance par rapport à ses propres convictions, qu'il doit apprendre à mettre de côté pour appliquer des règles universelles ?



Salsabil Klibi

Enseignant-chercheur en droit constitutionnel à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis

Le droit à un procès équitable en Tunisie : état des lieux du droit processuel

Il m'a été demandé de parler de l'État du droit en matière de procès équitable et j'aborderai la question d'abord du point de vue constitutionnel et plus précisément du droit de la Constitution.

La nouvelle loi fondamentale tunisienne, adoptée le 26 janvier 2014, est venue consacrer, pour la première fois de l'histoire de la Tunisie indépendante, le concept de procès équitable. Nous en sommes évidemment tous satisfaits, mais je pense qu'il y a eu un prix à payer pour cela. L'affirmation du principe au niveau constitutionnel est une chose, sa transformation en une réalité pour le justiciable en est une autre.

La Tunisie, comme d'autres pays, a très souvent utilisé le droit comme un instrument pour pousser la société vers l'avant. Très souvent, la règle juridique a été un peu en avance sur la pratique, mais aussi sur les traditions sociales. On a vu cela en matière du droit de la famille avec la promulgation en 1956 d'un code du statut personnel avant-gardiste. On découvre aujourd'hui la même volonté de pousser non seulement la société mais aussi les institutions juridiques, avec le principe de procès équitable.

Tous les Tunisiens savent que depuis l'indépendance, la justice a très souvent été instrumentalisée, et l'idée de procès équitable n'a jamais fait partie des préoccupations des pouvoirs en place. C'est dire qu'aujourd'hui sa consécration au niveau du plus haut texte de l'ordre juridique est une chose extrêmement intéressante. Il reste toutefois un très gros travail à faire pour contrer ces forces d'inertie qui, pendant des décennies, ont exercé les métiers de la justice, que ce soit la magistrature ou le barreau, les pousser à intérioriser ce principe, à changer la pratique, à se conformer à cette nouvelle norme.

À cet effet, il y a deux chantiers à mettre en route. Le premier chantier concerne les règles de droit en elles-mêmes. La consécration est constitutionnelle, mais il faudra dès maintenant faire un audit de toutes les règles infra-constitutionnelles pour voir où se situe l'écart entre les normes ou les nouveaux standards constitutionnels, et les règles qui se situent en deçà, qu'il s'agisse de lois ou règlements ou autres, pour ensuite réformer ces derniers, s'ils s'avèrent non conformes à la Constitution.

Ce chantier va certainement prendre du temps, car cette mise à niveau, qui sera entreprise sur la base d'une politique législative volontariste du prochain parlement, ne se fera pas d'un coup mais de manière progressive et sur la base de ce que les représentants de la nation considéreront comme des priorités. Cependant, cette réforme législative volontaire se fera sans préjudice de l'évacuation contentieuse des règles non conformes aux nouveaux standards constitutionnels, par le biais des recours par voie d'exception opérés par les justiciables devant les juridictions ordinaires et qui seront renvoyés par les juges devant la Cour



constitutionnelle, comme cela est désormais prévu par la nouvelle Constitution conformément à son article 120.

Le deuxième chantier qui intéresse moins, aussi bien les juristes que les observateurs de la justice, mais qui, à mon avis, est peut-être le plus difficile et celui qui va prendre le plus de temps, c'est la réforme de l'institution juridictionnelle dans toutes ses déclinaisons et dans tous ses métiers, y compris le barreau, désormais consacré par la Constitution qui le mentionne comme le corps de métier constituant le centre de la défense des droits et des libertés des individus.

Le principe du procès équitable, qui s'est construit en Europe de manière progressive à la faveur d'un activisme judiciaire évident, se trouve aujourd'hui inscrit de manière abrupte par la volonté des constituants. On voit donc que la démarche est très différente de celle qu'a connue l'Europe où elle a été progressive à la faveur d'un processus de sédimentation. Alors que chez nous, cela s'est fait de manière un peu plus brusque, en accélérant l'histoire grâce à l'inscription de ce principe dans la Constitution.

Je commencerai donc par une brève lecture des textes afin de circonscrire la place du concept et la représentation qui en est faite, pour ensuite voir ce qu'il en est du contexte et ce qu'il appelle comme efforts.

Concernant les textes, je commencerai par le sommet de la pyramide, par le texte constitutionnel, pour voir comment ce concept de procès équitable a été inséré dans la Constitution, et on relève déjà ici une première curiosité par rapport la démarche.

L'article 108 de la Constitution est à mon sens l'article central en ce qui concerne le procès équitable. Mais s'il énonce le principe du droit à un procès équitable, il ne définit pas celui-ci et n'en donne pas la consistance. Il est immédiatement suivi d'un certain nombre de principes adjacents : le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, celui de l'égalité devant la justice, le droit d'ester en justice, le droit à une aide judiciaire, le doublé degré de juridiction et la publicité des audiences. Même s'ils ne sont pas présentés comme tels, cette succession de principes recouvre en quelque sorte une définition en extension du concept de procès équitable.

Deuxième curiosité, le droit à un procès équitable n'est pas intégré dans le chapitre des droits et libertés, mais dans le chapitre relatif au pouvoir juridictionnel – les instances juridictionnelles étant érigées au rang de pouvoir et non de simple autorité dans la Constitution tunisienne –, où l'on retrouve le concept, ses déclinaisons et les éléments qui le composent. On trouve également deux autres occurrences du principe de procès équitable :

D'abord, dans le chapitre relatif aux droits et libertés, dont l'article 27, qui concerne la présomption d'innocence – une des composantes de l'idée de procès équitable –, déclare que *« tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie dans le cadre d'un procès équitable, où lui sont offertes toutes les garanties pour se défendre à toutes les*



étapes des poursuites et du procès », ce qui constitue une innovation par rapport à la Constitution de 1959³².

Ensuite, et pour en revenir au chapitre relatif au pouvoir juridictionnel, l'article 110, qui concerne la justice militaire, déclare que : « *Les catégories de juridiction sont créées en vertu d'une loi. Il est interdit de créer des tribunaux d'exception, de même qu'il est interdit de créer des procédures d'exception qui sont de nature à porter atteinte aux principes du procès équitable* ». Et dans les dispositions transitoires, l'article 149, le dernier de la Constitution, qui dispose que : « *Les tribunaux militaires continuent à exercer leurs attributions sur la base des lois en vigueur, jusqu'à ce qu'elles soient révisées de façon à ce qu'elles deviennent conformes avec les dispositions de l'article 110* », ce qui exprime un souci de préserver les règles minimales de déroulement du procès, règles qui sont à même de respecter les droits de toute personne de se défendre et de se faire entendre.

Toutefois, ce souci se trouve curieusement contrarié par les dispositions transitoires et plus particulièrement l'article 148, dont le dernier paragraphe constitue une régression par rapport aux garanties du procès équitable, telles que consacrées par le chapitre relatif aux droits et libertés et celui relatif au pouvoir juridictionnel.

On peut, en effet, et curieusement, lire dans l'article 148 § 9 de la nouvelle Constitution, que l'État doit respecter l'intégralité du système de justice transitionnelle dans toutes ses composantes et ce dans le laps de temps déterminé par la loi. Mais ce qui interpelle et qui est un peu inquiétant, c'est ce qui suit : « *Il ne peut être opposé concernant la justice transitionnelle, ni le principe de la non rétroactivité des lois en matière pénale, ni l'amnistie, ni l'autorité de la chose jugée, ni la prescription.* »

Nul ne peut ainsi opposer au processus de justice transitionnelle l'un quelconque de ces principes, dont certains, comme le principe de non rétroactivité de la loi pénale, ou encore celui de l'autorité de la chose jugée, font partie de principes quasiment universels.

Cet article constitue une orientation extrêmement préoccupante, qui peut avoir des répercussions sur le sort même du processus de justice transitionnelle jusqu'à l'hypothéquer, en raison du caractère très critiquable de ces exceptions, que certains voient déjà comme autant d'entorses aux principes d'une bonne justice.

Certains observateurs considèrent, d'ailleurs, que ce paragraphe a été intégré dans la Constitution à l'occasion de la multitude de compromis entre les différentes forces politiques qui composaient l'Assemblée nationale constituante (ANC), qui a guidé l'écriture de la Constitution. Une des forces politiques les mieux représentées à l'ANC, à savoir le parti islamiste Ennahdha, avait poussé à l'intégration de ce paragraphe, parce que ce parti avait été à l'origine de la loi sur la justice transitionnelle votée auparavant. Cette loi comportait

³² L'article 12 § 2 de la Constitution tunisienne du 1^{er} juin 1959 se limite, en effet, à déclarer que « *tout prévenu est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie lors d'un procès où lui sont offertes es garanties nécessaires pour se défendre* ».



précisément ces entorses au procès équitable, à savoir l'inopposabilité du principe de non rétroactivité de la loi pénale, de l'amnistie, de l'autorité de la chose jugée, ou encore de la prescription. Par conséquent, si ces entorses n'avaient pas été reprises plus tard par la Constitution, cette loi aurait été inconstitutionnelle et aurait fait l'objet d'une exception d'inconstitutionnalité à l'occasion du premier procès dans le cadre de la justice transitionnelle.

C'est donc pour la protéger contre tout recours que ces principes ont été intégrés dans la nouvelle Constitution, ce qui constitue visiblement une instrumentalisation préoccupante et critiquable de la norme fondamentale.

On peut déduire de cet éparpillement des dispositions relatives au procès équitable et à son contenu que l'Assemblée constituante n'avait pas une idée précise ni claire de la consistance de ce concept, mais que sa construction s'est faite un peu de manière progressive, au gré des propositions faites soit à l'intérieur de l'Assemblée, soit à l'extérieur, par l'intervention et la pression de la société civile.

En effet, le processus constituant, en Tunisie, ne s'est pas fait exclusivement à l'intérieur de l'ANC. La société civile a beaucoup contribué, par des actions d'envergure différente, à la modification et au modelage de ce texte.

Après les éléments constitutifs du procès équitable, viennent les conditions nécessaires à sa garantie. Ces derniers tiennent en grande partie au statut de la magistrature, et notamment à son indépendance, dans la mesure où l'indépendance, c'est-à-dire la possibilité d'avoir recours à un juge impartial et indépendant, est une des conditions essentielles d'un procès équitable. Nous savons que l'une des grandes plaies de l'ancien régime était l'instrumentalisation, l'inféodation de la justice au pouvoir exécutif, tout le monde était conscient de cela et bien des personnes ont eu à en pâtir. On a donc voulu marquer très nettement l'ouverture d'une ère nouvelle en proclamant l'indépendance et la séparation, notamment entre le ministère de la Justice et l'institution juridictionnelle.

Ce choix ne s'est pas fait sans heurts, il est le fruit d'un bras de fer parce qu'il y a eu de la résistance au départ. Il a fallu l'activisme des magistrats eux-mêmes, notamment leurs deux corps de représentants, à savoir l'Association et le Syndicat des magistrats, pour y arriver.

En effet, à la suite de la publication du premier projet de constitution, on y découvrit une disposition qui affirmait que le gouvernement se charge de nommer les magistrats, en particulier aux hautes fonctions de la magistrature, comme par exemple le président de la Cour de cassation, l'Inspecteur général des services judiciaires ou le procureur général de la République. La réaction ne s'est pas fait attendre, une grève est annoncée conjointement par le Syndicat et l'Association des magistrats, et mise à exécution. C'est cette grève des magistrats qui a conduit l'ANC à revenir en arrière et à adopter, pour finir, une disposition qui proclame que les hauts magistrats sont nommés par décret présidentiel, en concertation avec le chef du gouvernement, sur la base des propositions exclusives du Conseil supérieur de la magistrature, ce que prévoit le nouvel article 109.



Le deuxième volet est encore plus sensible, puisqu'il s'agit du ministère public. Là aussi, on a observé une résistance, puis un retrait par rapport à la position initiale, pour aboutir à une disposition qui me semble globalement satisfaisante, l'article 115, qui proclame que le ministère public fait partie intégrante de la justice judiciaire et jouit des garanties qui sont offertes à cette dernière par la Constitution. Les magistrats du ministère public exercent leurs fonctions telles qu'elles sont déterminées par la loi et selon la politique pénale de l'État.

Assurer l'indépendance de la magistrature a, ainsi, été le fruit d'une longue bataille. Au vu de ces péripéties et des résistances dont elle a fait l'objet, on peut comprendre, plus que tout autre, le poids de ce statut de la justice ainsi que celui du concept de procès équitable et de ses enjeux. Certains pourraient en effet voir dans l'expression « procès équitable » une espèce de redondance ou de pléonasme. Un procès, par définition, est équitable puisqu'un procès n'est autre chose que le recours d'une personne à un tiers impartial pour rétablir chacun dans son droit ou ordonner la réparation d'un dommage. Qualifier le procès d'équitable n'ajouterait rien.

Cependant, dans un État où on s'est joué des règles de droit et des institutions, cette expression prend tout son intérêt.

Après les principes généraux, j'en viens à l'aspect un peu plus processuel du concept de procès équitable – et c'est un peu un avant-goût par rapport à l'audit dont je parlais et qui, aujourd'hui, plus que jamais, s'impose. Je parlerai essentiellement du code de procédure pénale qui est en net décalage par rapport aux actuels standards constitutionnels.

Si on prend par exemple les droits de la défense, dans toutes les étapes du procès, nous avons des règles de procédure qui sont loin d'être au niveau, puisque par exemple le droit à un avocat n'est pas du tout garanti, notamment au moment de la garde à vue. Or, nous savons que les plus grandes atteintes aux droits humains sont effectuées au cours de cette période. Nous disposons d'ailleurs des résultats d'un rapport de l'ONG Human Rights Watch sur la Tunisie qui a attiré l'attention sur cette question. Après avoir suivi plusieurs personnes détenues et après des visites dans des centres de détention provisoire, l'enquête a permis de constater des violations des droits de l'homme commises sur des prévenus en l'absence totale de l'assistance d'un avocat avant leur comparution devant un juge.

Le deuxième problème concerne la commission d'office. Là aussi nous nous retrouvons encore en deçà des normes constitutionnelles. Nous avons deux textes qui organisent la commission d'office : une disposition du code de procédure pénale et le nouveau décret-loi qui organise la profession d'avocat et qui prévoit la compétence du président de la section de l'ordre des avocats du ressort du tribunal compétent pour désigner un avocat pour les prévenus qui n'en ont pas ou ne peuvent pas en avoir.

Dans le code de procédure pénale, l'article 69 prévoit que c'est le président de l'audience qui a le droit de réquisitionner dans la salle l'avocat « de service » pour qu'il assure la défense de la personne concernée. La pratique montre que, très souvent, la défense assurée n'est pas sérieuse, qu'elle ne garantit pas réellement la défense de la personne parce qu'elle est exercée



par des avocats stagiaires, qui n'ont pas d'expérience sur des dossiers souvent complexes, épineux ou dont l'enjeu est extrêmement important, comme lorsqu'il s'agit, par exemple, de peines de mort. Il en est également ainsi parce que le fait, pour le président de l'audience, de faire directement appel à un avocat qui se trouve dans la salle conduit à la défense d'une personne dont on ne maîtrise pas le dossier, les tenants et les aboutissants de l'affaire, ce qui réduit à son strict minimum, sinon vide totalement de sa substance, le droit de la défense.

Autre problème et autre curiosité d'ailleurs, c'est soit l'absence totale soit la faiblesse des réquisitoires faits par le ministère public. Or, le réquisitoire est extrêmement important pour la construction de la défense. Nous avons parfois des représentants du ministère public qui sont « apathiques », qui n'interviennent pas, ce qui réduit considérablement le pouvoir de rebondir, de construire la défense sur la base de ce qui est requis par le ministère public. Le Réseau d'observation de la justice tunisienne (ROJ), dont les équipes ont suivi des procès dans de nombreux tribunaux et effectué des statistiques, remarque dans son rapport que les réquisitoires sont extrêmement faibles sinon absents, ce qui a un impact direct sur la défense.

Au-delà de l'aspect processuel et textuel, le contexte appelle évidemment d'abord à la réforme totale du pouvoir juridictionnel depuis l'origine, c'est-à-dire depuis la formation des magistrats. Il faudra revoir fondamentalement les *curricula* dans les facultés de droit mais également dans les deux instances essentielles, qui forment aux métiers de la justice, que sont l'Institut de la magistrature et l'Institut du barreau. Il faudra revoir les programmes pour renforcer la formation en matière processuelle qui reste très faible, du moins au niveau des facultés de droit. Les choses changent évidemment à l'Institut de la magistrature et du barreau, mais je pense que cela vient un peu tard dans la formation d'un futur magistrat ou avocat. Il faudra qu'ils soient conscients dès le départ de l'importance des questions de procédure par rapport aux questions de fond.

Autre problématique très souvent évoquée par les magistrats tunisiens, c'est celle de la spécialisation des juges. La spécialisation des magistrats n'existe pas en Tunisie, c'est-à-dire qu'on peut passer dix ans de sa carrière dans le droit foncier ou le droit de la famille, et se voir du jour au lendemain transféré dans le domaine pénal ou dans le domaine du droit de travail ou des assurances, ce qui a un impact très grave sur la qualité de la décision rendue. Le droit à un procès équitable, c'est aussi cette qualité de la justice rendue et qui s'acquiert par accumulation et par expérience et non par la dispersion de l'esprit du juge et sa « transhumance » d'un domaine à un autre.

On peut toujours dire que ce n'est pas si grave, parce qu'un juge statue rarement seul, qu'il y a toujours un filet de sauvetage comme pour un trapéziste, avec le double degré de juridiction qui est le contrôle de la Cour de cassation. Mais si on raisonne de cette façon, on porte atteinte à un autre principe du procès équitable, celui du droit à un procès dans un délai raisonnable. Devoir passer par tous ces degrés de juridiction a une conséquence directe sur la durée du procès de même que sur son coût, aussi bien pour la communauté que pour le justiciable.



Le procès équitable implique nécessairement un procès dans des délais raisonnables, ce qui suppose des moyens importants en termes de nombre de magistrats par rapport au volume du contentieux et par rapport à la masse de la population générale, ainsi que de répartition des tribunaux. Mais je voudrais également évoquer la question du procès dans des délais raisonnables dans un autre sens qui interpelle moins les observateurs. Quand on parle de délai raisonnable, on parle surtout de délai déraisonnable, c'est-à-dire un procès qui dure des années – ce qui n'est pas une exception, en tout cas en Tunisie – et qui peut conduire à rendre une décision totalement inefficace où dire le droit n'aura plus aucun sens. Mais délai raisonnable signifie aussi qu'il ne faudrait pas que la décision soit rendue de manière expéditive, c'est-à-dire que l'on doit aussi bien s'intéresser à des délais déraisonnablement longs qu'à une justice expéditive rendue dans des délais qui ne permettent pas la délibération, qui ne permettent pas aux magistrats d'examiner le dossier, à l'avocat de construire la défense, de fournir les pièces nécessaires etc., ce qui peut être tout aussi préoccupant et porter atteinte au droit à un procès équitable.

En définitive, la garantie d'un procès équitable, par-delà la réforme des règles de procédure qu'elle impose, appelle à une refonte totale de la philosophie des métiers de la justice (magistrature et barreau). Cette refonte passe inéluctablement par un réexamen des cursus mais appelle aussi à une réforme fondamentale des conditions même de travail de nos juges en particulier. Or, ceci n'est pas uniquement une question de moyens financiers mais avant tout une question de volonté politique de faire de la justice un pouvoir à part entière, un réel garant de l'État de droit.

Ahcène Bouskia

Avocat, ancien magistrat, professeur de droit pénal à l'École supérieure de la magistrature (Algérie)

Le procès équitable : le cas de l'Algérie

L'Algérie a ratifié les principaux instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme, consacrant le principe du procès équitable et les critères le définissant. Ainsi, l'Algérie a ratifié la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 au moment même de son indépendance en 1962. Elle a ratifié en 1989, suite à l'avènement du pluralisme, le Pacte relatif aux droits civils et politiques et le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que le Protocole facultatif s'y rapportant, tout comme elle a ratifié la Charte africaine des droits de l'homme, la Charte arabe des droits de l'homme, ainsi que le Protocole relatif à la charte africaine et à la Cour de justice de l'Union africaine.

En ratifiant les instruments internationaux et régionaux précités, l'Algérie s'est engagée non seulement à respecter les règles du procès équitable tel que défini dans les dits instruments, mais aussi et surtout à consacrer les critères définissant le procès équitable dans son droit interne, d'autant que la Constitution algérienne énonce dans son article 132 que les traités ratifiés par le président de la République sont supérieurs à la loi. Qu'en est-il en réalité, aussi bien dans les textes que dans la pratique ?



Mon exposé sera articulé autour de deux axes : le procès équitable tel qu'énoncé dans les textes ; le procès équitable à l'épreuve de la pratique.

I. Le procès équitable dans les textes

Le procès équitable est consacré dans les textes, à commencer par la Constitution algérienne qui énonce certaines règles. J'en citerai quelques-unes à titre d'illustration. Sur la présomption d'innocence, l'article 45 dispose que toute personne est présumée innocente jusqu'à l'établissement de sa culpabilité par les juridictions régulières avec toutes les garanties exigées par la loi.

Sur l'indépendance et l'impartialité de la justice, le pouvoir judiciaire est indépendant, il s'exerce dans le cadre de la loi (article 138). Le juge n'obéit qu'à la loi (article 147), il est protégé contre toutes formes de pression, intervention ou manœuvre qui sont de nature à porter atteinte à son libre arbitre (article 155). Sur le droit à un tribunal établi par la loi et l'équilibre de la procédure, la justice est fondée sur les principes de l'égalité de tous et accessible à tous (article 140). Les décisions de justice sont motivées et prononcées en audience publique (article 144). Le droit à la défense est reconnu et garanti en matière pénale (article 151).

Les règles du procès équitable sont également consacrées dans tous les textes de loi relatifs ou inhérents à la justice. D'abord au niveau de la loi organique portant statut de la magistrature, qui proclame l'indépendance de la justice, ensuite au niveau de la loi organique, sur le Conseil supérieur de la magistrature qui garantit également l'indépendance de la justice en conférant à cette institution, composée majoritairement de magistrats élus par leurs pairs, un pouvoir décisionnel quant au déroulement de la carrière des magistrats et à leur discipline.

Mais c'est surtout au niveau des codes de procédure civile et pénale que les critères du procès équitable sont les mieux exprimés. En matière civile, le nouveau code de procédure civile et administrative de 2008 comporte en son sein des dispositions inhérentes au procès équitable. Ainsi l'article 3 dispose que *« toute personne qui revendique un droit peut agir devant la justice en vue de l'obtenir ou de le protéger. En cours d'instance, les parties bénéficient de chances égales dans l'exposé de leurs prétentions et de leurs moyens de défense. Les parties et le juge doivent observer le principe du contradictoire. Les juridictions statuent sur les actions qui leur sont soumises dans des délais raisonnables »*.

Par ailleurs, les articles 6 et 7 énoncent le principe du double degré de juridiction et de la publicité des audiences, tout comme sont reconnus et énoncés le droit d'exercer des voies de recours, le droit de récusation des magistrats, y compris ceux de la Cour suprême, ainsi que le renvoi pour cause de suspicion légitime.

En matière pénale, les règles du procès équitable sont exprimées de façon plus manifeste. Il résulte en effet des différentes dispositions du code de procédure pénale ce qui suit : la



procédure doit être équitable : égalité des armes entre les parties au procès, principe du contradictoire, droit de recours, etc. Le tribunal doit être indépendant : séparation de la fonction de poursuite de celle du jugement, indépendance du juge d'instruction par rapport au ministère public, tribunal impartial, droit de récusation, etc. La présomption d'innocence est également consacrée, de même que le droit à la défense.

Si les conditions d'un procès équitable semblent être réunies sur le plan théorique, il n'en demeure pas moins que certaines règles ne sont pas suffisamment respectées dans la pratique, voire même et y compris dans les textes.

II. Le procès équitable à l'épreuve de la pratique

Les règles du procès équitable sont ainsi globalement respectées en Algérie mais trois d'entre elles ne le sont pas suffisamment : l'indépendance de la justice, la présomption d'innocence et les droits de la défense.

L'indépendance de la justice est proclamée dans les textes mais elle est fragilisée dans la pratique. Malgré les efforts consentis par les magistrats, la justice n'est pas toujours bien rendue, en raison notamment de la massification des contentieux mais surtout des pressions subies par les magistrats. Ceux-ci subissent en effet des interférences du pouvoir exécutif, par le biais du ministre de la Justice qui occupe une place prépondérante dans l'édifice judiciaire. Vice-président du Conseil supérieur de la magistrature, le ministre de la Justice en est le président de fait, en raison de la non disponibilité du président de la République pour exercer sa charge de président du Conseil.

Le ministre de la Justice intervient dans le processus de nomination des magistrats, ainsi que dans la gestion de leur carrière. La nomination aux différentes fonctions judiciaires, et notamment aux fonctions de chef de juridiction, relève des attributions du pouvoir exécutif et non du Conseil supérieur de la magistrature. Le maintien en fonction des magistrats ayant atteint l'âge de la retraite dépend du bon vouloir du ministre de la Justice.

Bien qu'inscrite dans la Constitution algérienne et consacrée dans les dispositions du code de procédure pénale, le principe de la présomption d'innocence est méconnu par certains textes spéciaux, notamment ayant un caractère fiscal. C'est le cas en matière douanière où le fardeau de la preuve est renversé, car c'est au prévenu d'apporter la preuve de son innocence, un héritage du code français.

Le juge ne peut excuser le contrevenant sur l'intention. C'est aussi le cas en matière d'infraction de change, où il est interdit au magistrat de tenir compte de la bonne foi du prévenu. C'est aussi le cas de la force probante reconnue aux procès-verbaux dressés en matière douanière qui font foi jusqu'à inscription en faux.

Si le droit à la défense, en matière pénale notamment, est consacré par les textes, entre autres la Constitution qui en fait même une obligation en matière criminelle, l'exercice de ce droit est en butte à de multiples entraves. Celles-ci résultent de mauvaises pratiques sur le terrain,



mais pas seulement, car elles trouvent aussi leur source dans la loi qui consacre la prédominance du parquet sur la défense, voire même sur le juge d'instruction et tout au long de la procédure.

Pour illustrer cette prédominance du parquet, citons quelques exemples tirés du code de procédure pénale algérien : lorsqu'il y a plusieurs juges d'instruction dans une juridiction, le procureur de la République choisit son juge ; lorsque le juge d'instruction décide de mettre en liberté provisoire un inculpé détenu, ce dernier ne sera libéré en cas d'appel du parquet qu'une fois que la chambre d'accusation a statué sur l'appel ; lors de l'interrogatoire au fond, le procureur de la République peut poser des questions directement à l'inculpé, alors que son avocat doit passer par le juge d'instruction qui a de fait un droit de regard sur les questions de l'avocat ; le procureur de la République a un accès direct au dossier d'instruction, qu'il peut se faire communiquer à tout moment, tout comme il peut requérir tout acte auprès du juge d'instruction qui est tenu de répondre à cette réquisition. Ce n'est pas le cas pour l'avocat, ce dernier n'a accès au dossier qu'après la première audition de l'inculpé, outre le fait qu'il est absent durant toute la phase de l'enquête préliminaire et ne peut communiquer avec l'auteur présumé d'une infraction qu'après son inculpation ; le procureur de la République a un droit d'appel général et un droit de recours général contre toutes les ordonnances du juge d'instruction, ce qui n'est pas le cas pour l'inculpé et sa défense. De fait, l'avocat n'est pas un acteur actif dans la procédure, il subit plutôt la procédure.

Pour conclure, je dirais que le procès équitable est fondamentalement conditionné par l'indépendance de la justice, qui reste à mon sens un projet et au mieux un chantier inachevé. L'Algérie a initié une réforme de la justice, elle a institué à cet effet une commission, présidée par feu le professeur Mohand Issad, assisté de notre éminent juriste le professeur Ahmed Mahiou. Cette commission, aux travaux de laquelle j'ai participé en tant que membre et rapporteur, a fait des propositions pertinentes dont la plupart n'ont malheureusement pas été suivies d'effets.

Aladin Abdallah Khasawneh

Professeur à l'Université de Yarmouk (Jordanie)

Le cas jordanien

Je parlerai de plusieurs textes qui traitent du procès équitable en droit jordanien, puis je passerai à la réalité du principe, c'est-à-dire à la pratique et aux problèmes qui se posent.

Les juges essaient toujours de respecter le principe du procès équitable. Il y a toujours des réformes et nous avons un ancien ministre de la Justice qui a essayé de faire cela, mais il y a toujours des problèmes, c'est-à-dire qu'en réalité, le principe existe mais en pratique, son application pose problème. C'est pour cela qu'on doit insister sur la qualification et la formation des juristes pour qu'ils apprennent ces principes.



En ce qui concerne le droit positif, il y a plusieurs textes qui respectent le procès équitable. La Jordanie a ratifié plusieurs traités qui respectent les droits de l'homme et le procès équitable. Dans la Constitution jordanienne, tous les Jordaniens sont égaux devant la loi, sans discrimination dans leurs droits (article 6) ; la liberté individuelle est inviolable (article 7) ; nul ne peut être détenu ou emprisonné sauf en conformité avec la loi (article 8). Le principe d'égalité se divise en deux notions : l'égalité devant la loi et l'égalité devant le pouvoir judiciaire.

Dans le code de procédure pénale, il y a l'article 104 qui précise que nul ne peut être arrêté ou détenu que par l'autorité légalement compétente ; l'article 147, que l'accusé est innocent jusqu'à preuve du contraire ; l'article 161, que le procès se déroule en public sauf si le tribunal en décide autrement.

Il y a aussi plusieurs autres principes qui sont précisés dans les textes jordaniens, tel que le principe de la séparation des pouvoirs, mais en pratique on trouve toujours cette proximité entre le pouvoir exécutif et les affaires judiciaires, ce problème de l'application.

Concernant le principe d'indépendance de la magistrature, auparavant c'était le ministre de la Justice qui désignait les juges, maintenant c'est le Conseil supérieur de la magistrature qui désigne et c'est le Roi qui nomme les magistrats.

Autre principe, la présence des justiciables qui peuvent assister, avec leur avocat, à l'audience, ils ont le droit à la défense et à la justice. Il y a également l'aide juridique, ce qui est nouveau, il y a plusieurs textes dont le droit de l'accusé de prendre un avocat, même s'il n'en a pas les moyens, dans ce cas c'est l'État qui s'en charge, mais seulement pour certains crimes.

Si les principes existent dans les textes, en pratique ils sont encore fragiles.

Je commencerai par le statut du ministère public, il y a toujours des problèmes de séparation des pouvoirs, le procureur joue un rôle qu'il n'a pas, c'est-à-dire qu'il joue un rôle qui entre dans l'autorité du juge même. Il y a un autre problème : la « loi de prévention des crimes » qui donne au gouverneur un pouvoir supérieur au juge, celui d'ordonner la détention administrative pour n'importe quelle personne si elle présente un danger pour la sécurité nationale.

D'autres problèmes concernent aussi la détention provisoire, celle-ci doit être bien définie et justifiée. Par exemple on n'a pas le droit à un avocat dans cette période-là, ni d'être examiné par un médecin spécialisé. Ceci doit être réformé et légalisé. On doit aussi pouvoir faire appel de la décision de détention.

Concernant la justice administrative, il n'y a qu'un seul degré de juridiction, ce qui fait l'objet d'un débat aujourd'hui en Jordanie pour avoir un double degré avec une première instance, un appel et la Cour suprême administrative.



Il n'y pas de mécanisme spécifique et autonome pour étudier les cas de torture et de mauvais traitements, j'espère que cela pourra se faire devant une cour civile et qu'il y aura un droit aux dommages et intérêts pour ces cas-là.

Débat

Q : Je constate une tendance à présenter la question du procès équitable en droit tunisien sous l'angle procédural (délais, double degré de juridiction etc...). Or, il y a à mon sens une véritable révolution qui se dégage de notre Constitution, qui ne confine plus le procès équitable dans un carcan organique et structurel mais plutôt fondamental.

À côté de cette qualité procédurale – dont on se targuait déjà en 1959 – il y a un article tout à fait important et incontournable dans cette Constitution qui est l'article 49. Après avoir énuméré toutes les libertés et tous les droits, il pose le principe de la proportionnalité et confie au juge et à toutes les juridictions le soin de protéger ces libertés et ces droits.

C'est selon moi une véritable révolution parce que sous les autres régimes le juge était plutôt un bras sécuritaire, il était malheureusement, en matière de liberté, un peu l'antichambre de la police sécuritaire. Et là cet article vient d'émanciper la magistrature et tous les ordres juridictionnels, et de permettre de percevoir le procès équitable à partir également des droits du justiciable, pas uniquement à partir de l'office du juge.

La Constitution tunisienne a également adopté des concepts très modernes empruntés peut-être au Conseil constitutionnel français mais aussi et surtout à la loi allemande. On ne parle plus maintenant de libertés publiques, on a une Constitution qui assoit véritablement les libertés et les droits fondamentaux. Or, pour ces droits fondamentaux, pour ces libertés, la protection se fait non pas uniquement par rapport au législateur, à l'exécutif, mais également par rapport au judiciaire. Or, un juge qui doit décider de ce qui est proportionnel, c'est un juge qui va certainement créer des règles pondérées et être appelé à verser dans un discours fondamental de procès équitable. Je crois que l'article 49 est une clé de voûte dans notre Constitution, il pourrait être un modèle pour les pays arabo-musulmans et même peut-être pour les pays européens.

Salsabil Klibi : Je souscris tout à fait à cela, mais il n'y pas que l'article 49, il y a aussi l'article 102 qui fait du juge le protecteur ou le garant de la suprématie de la Constitution et le protecteur des droits et libertés. Je n'ai pas parlé de l'article 49 parce qu'il s'adresse essentiellement au législateur. Le législateur est limité par l'article 49, il peut limiter les droits et libertés mais ces limitations ne peuvent être faites qu'en vertu d'une loi, que si elles sont nécessaires dans un État démocratique et civil et que si elles sont destinées à la protection des droits d'autrui, de la santé publique, de la salubrité publique, etc. Le dernier paragraphe fait effectivement du juge le garant de l'application ou du respect de l'article.



Je pondère un peu toutefois ce que vous avez dit par rapport à la Constitution de 1959 car je ne partage pas tout à fait votre avis, le terme de procès équitable n'existait pas du tout dans l'ancienne Constitution, si on parle des composantes énumérées dans l'article 108 de l'actuelle Constitution, ni le droit d'ester en justice, ni le droit à l'aide judiciaire, ni le double degré de juridiction – qui est une règle prétorienne – ni la publicité des audiences. Tous ces principes sont venus grâce à la Constitution de 2014.

Mais je souscris tout à fait à l'idée selon laquelle le juge est propulsé dans un rôle central de garantie du procès équitable – et non pas de simple énonciation du concept et de ses déclinaisons –, de protection des droits et libertés et du respect de la loi et de la Constitution.

Q : Vous avez souligné que la nouvelle Constitution a prévu un nouveau statut du ministère public, mais en réalité la Constituante a fait une disposition qui n'a vraiment rien changé. Le problème s'est d'ailleurs posé en France avec la Cour européenne des droits de l'homme. En Tunisie, même avec la loi de 1967, les membres du ministère public étaient des magistrats désignés par le Conseil supérieur de la magistrature et non pas par le ministre de la Justice. En outre, dire qu'ils ont les mêmes garanties, cela ne change pas grand-chose tant que le code de procédure pénale offre cette position au ministère public qui est directement lié au ministre de la Justice.

Salsabil Klibi: C'est exactement la raison pour laquelle j'ai dit qu'il faut absolument faire un audit de toutes les lois qui sont en deçà de la Constitution pour les hisser aux normes de la nouvelle Constitution. Les premiers textes à revoir selon moi sont le code pénal et le code de procédure pénale, pour donner de la signification à tout ce qui a été posé par la Constitution, et sur ce point je suis d'accord avec vous. Je ne pourrais pas dire que le code pénal vide de son sens la Constitution, parce que cela n'a pas de sens, la Constitution est supérieure à la loi et non l'inverse. Mais il faut tout mettre en œuvre maintenant pour nettoyer les lois existantes.

Malheureusement, nous savons tous que la compétence de l'Assemblée constituante aujourd'hui est limitée en matière législative et qu'elle ne peut pas s'attaquer tout de suite à la réforme de tout l'appareil législatif, puisque les seules lois qu'elle peut prendre, en fonction des dispositions transitoires, sont les lois qui ont un rapport soit avec la justice transitionnelle soit avec le processus électoral. Il faudra donc commencer par faire un audit en relevant les points qui posent problème, pour pouvoir entamer le processus de révision tout de suite après l'élection du nouveau parlement.

Q : On a tendance à croire que le procès équitable est uniquement une question de droit ou de juriste, alors qu'à mon avis il y a un aspect fondamental, jusque-là souvent ignoré, qui est celui de la gestion des affaires de justice, de l'administration de la justice. Je me souviens d'une boutade du père fondateur de la science administrative américaine, Paul Appleby, qui dit dans son ouvrage de référence que lorsqu'un médecin réussit en tant que ministre de la Santé, ce n'est pas en raison de sa formation médicale mais *en dépit* de sa formation médicale. Or, aujourd'hui quand on rentre dans les cours tunisiennes et qu'on voit une chambre criminelle traiter 30, 40, 50 affaires en une matinée, ce n'est pas de la justice. Et vous avez



beau parler de procès équitable, de droits de la défense dans la Constitution, ceci est impossible à gérer. Nous avons certainement besoin de réfléchir à cet aspect des choses. Ce n'est pas par hasard qu'aux États-Unis il existe des doctorats en gestion des tribunaux, des instituts spécialisés dans la formation des greffiers. Quand je vois qu'en France le greffier en chef de la Cour de cassation est docteur en droit, je me dis que nous sommes loin de comprendre cet état de choses. On dit souvent que les magistrats tunisiens sont débordés, très honnêtement je ne le pense pas. Par simple comparaison avec ce qu'il se passe en France, la France a quelques 8500/9000 magistrats pour une population de plus de 60 millions, nous avons presque 2000 magistrats pour uniquement 11 millions d'habitants, avec 2 millions et demi d'affaires par an en moyenne en Tunisie, alors qu'en France la moyenne est presque triple, sans parler de la consistance de ces affaires, et pourtant en France cela marche. Ce n'est pas seulement une question de formation juridique, de textes, il y a un aspect organisationnel qui est fondamental et qui est urgent parce que le juriste ou le magistrat qui fait un bon président de tribunal, ce n'est pas en raison de sa formation juridique mais *en dépit* de sa formation juridique.

Q : Comment voyez-vous aujourd'hui l'évolution de la notion de procès équitable dans les pays du monde arabe ?

Ahcène Bouskia : Elle est intimement liée au régime politique, donc à la démocratie. Là où il y a la démocratie, on va nécessairement avoir un procès équitable parce qu'il y a des soupapes, des pouvoirs et des contre-pouvoirs. Mais là où la démocratie est en panne ou n'existe pas ou est en difficulté, je vois mal comment on peut concevoir une justice équitable, on est en train de parler abstraitement. En réalité, sur le terrain, il est vraiment difficile de parler du respect des règles du procès équitable, car il y a ces problèmes de massification du contentieux, ces problèmes de gestion. C'est bien de rendre un jugement par une justice indépendante, mais pour obtenir ce jugement et ensuite pour le mettre à exécution, combien de temps faut-il attendre ? Tout est lié. Pour moi, l'Égypte était un exemple dans le monde arabe, on a vu des magistrats sortir dans la rue, proclamer l'indépendance de la justice dans les conditions les plus difficiles, mais maintenant je viens d'apprendre par la presse qu'il y a eu ce verdict avec plus de 500 condamnés à mort. C'est une évolution qui me fait peur.

Q : Rendre un jugement équitable, c'est très beau, mais qu'en est-il au niveau de l'exécution des jugements, soit en matière pénale soit en matière civile ? On sait très bien que la bonne exécution des jugements fait partie du procès équitable, j'aimerais connaître votre avis et vos propositions, d'autant que la nouvelle Constitution a consacré une disposition à ce sujet.

Salsabil Klibi : Effectivement, l'un des plus gros problèmes de la justice en Tunisie c'est l'effectivité de la justice rendue et une fâcheuse tendance à la non-exécution en matière pénale et civile, mais aussi en matière administrative. Et on sait très bien que le volet où il y a le plus de résistance à l'exécution des jugements, c'est la justice administrative. Donc c'est vraiment un problème extrêmement important en Tunisie, c'est peut-être pour cela que l'article 111 est venu consacrer l'interdiction de la non-exécution de jugements. Quelle est la solution ? Nous ne sommes pas des visionnaires, nous essayons de réfléchir sur des données,



sur des faits. L'arsenal juridique existe aujourd'hui en Tunisie, mais le problème c'est le manque de volonté politique en ce qui concerne la mise en application des principes de la Constitution sur le terrain. Peut-être que le nombre de magistrats est suffisant par rapport au volume de la population mais le problème de la justice en Tunisie, c'est surtout un problème de moyens. Nous avons des magistrats qui n'ont pas de bureaux, d'ordinateurs, les décisions sont encore écrites à la main, il faut parfois attendre des mois pour avoir un jugement dactylographié, tout cela est vraiment préoccupant. Est-ce qu'il y a une réelle volonté politique de donner les moyens à la magistrature de rendre une justice dans le cadre d'un procès équitable ? Tout le problème est là.

Il y a autre chose de très important, la question du procès équitable est aussi une question de culture. Nous savons très bien, et les résultats de l'enquête du Réseau d'observation de la justice le démontrent, qu'il y a une très grande méfiance du justiciable tunisien vis-à-vis de la justice et ceci est très grave. Il faudra peut-être aussi ancrer de nouveaux réflexes chez le Tunisien, lui faire comprendre que la Constitution est une règle obligatoire et que tout ce qu'il y a dans la Constitution oblige les pouvoirs publics. Chacun peut aller demain devant le juge pour déposer plainte pour non-respect des principes énoncés dans la Constitution. Il ne faut pas pour autant devenir procédurier comme les Américains, mais il est temps aussi que le citoyen bouge, qu'il prenne conscience qu'il ne doit pas toujours attendre que les pouvoirs publics fassent quelque chose pour lui. Il faut qu'il se batte, il faut que nous nous battions tous pour rendre ces droits effectifs.

Ahcène Bouskia : Au sujet de l'exécution des décisions de justice, c'est l'un des aspects qui a été traité par la Commission nationale de réforme de la justice et parmi ses recommandations, il y avait le devoir de veiller à l'exécution de décisions de justice et là le législateur a écouté les recommandations de la Commission. Il a incriminé la non-exécution des décisions de justice et le code pénal algérien prévoit des sanctions pénales dures à l'encontre des fonctionnaires qui refusent d'exécuter ces décisions. Je pense en tout honnêteté qu'en matière d'exécution, l'Algérie a fait un grand pas en avant et je peux vous dire que maintenant la moyenne dépasse les 80% de décisions exécutées.

Q : Je voulais poser une question sur le problème de la hiérarchie des normes juridiques dans les pays arabes, parce que je constate au fur et à mesure des interventions que tous les pays dont on a exposé les systèmes, et en particulier les constitutions, sont des pays qui, depuis de nombreuses années, ont ratifié de nombreuses conventions, traités, chartes etc..., qui contiennent tous les principes du procès équitable dont on débat aujourd'hui. Ce que je ne comprends pas, c'est pour quelle raison, alors que ces conventions et ces traités ont été signés et ratifiés depuis de nombreuses années, il faut attendre maintenant la Constitution pour reconnaître que finalement ce sont des principes de valeur supérieure, comme si les traités et les conventions qui avaient été signés étaient des chiffons de papier. Est-ce que, dans les principes juridiques qui gouvernent la hiérarchie des normes dans les pays dont nous parlons, les traités et conventions – et en particulier les conventions internationales en matière de droits de l'homme – ont une valeur qui s'impose à la justice nationale ?



Salsabil Klibi : Aussi bien dans la Constitution de 1959 que dans l'actuelle Constitution, il est prévu que les conventions dûment ratifiées sont supérieures à la loi, sauf que le problème qui se pose et s'est toujours posé, c'est qu'on a très rarement vu des avocats invoquer devant les tribunaux des traités dans les affaires qu'ils ont eu à défendre. Ce qui s'est passé dans l'historique de l'élaboration de l'actuelle Constitution est très symptomatique du regard du Tunisien vis-à-vis du droit international. On a observé une très grande résistance dès le départ par rapport au droit international, dans le préambule déjà, lorsque nous avons appelé à intégrer les normes et tout l'arsenal juridique international relatif aux droits humains. La majorité au sein de l'ANC voyait le droit international et plus précisément les conventions dûment ratifiées par la Tunisie et ses engagements internationaux comme étant des normes imposées à la Tunisie. Ils ne saisissaient pas du tout comment fonctionne le droit international. Il y a eu une très grande bataille au fur et à mesure de l'avancement des travaux autour de l'insertion du droit international dans la Constitution et de la rédaction de l'article 20 qui stipule que les conventions et traités dûment ratifiés sont supérieurs à la loi et inférieurs à la Constitution, ce qui n'a pas de sens.

La majorité avait beaucoup insisté sur cela, en s'imaginant que le droit international viendrait s'ingérer dans les affaires internes des États, ça a été très compliqué et laborieux. Il n'y a pas cette culture chez les juristes, chez les avocats qui plaident pour le compte de leurs clients, il y a très peu d'affaires dans lesquelles on invoque les traités internationaux.

Par le passé, tous les organismes internationaux, comme le Comité des droits de l'homme, qui font des rapports sur les États, ont plusieurs fois condamné l'État tunisien pour la méconnaissance ou la transgression de ses engagements, notamment en ce qui concerne les droits de l'homme. Mais sur le plan du droit ça n'avait pas d'impact, parce que nous n'avions pas une justice indépendante capable de s'opposer au pouvoir exécutif, nous n'avions pas de Cour institutionnelle. Sur le plan formel, la hiérarchie des normes était consacrée et l'est encore aujourd'hui, mais sur le plan de sa mise en œuvre et de son respect effectif, nous avons une grande ignorance ou une indifférence, je ne sais pas comment on pourrait qualifier cela, mais le fait est que le droit international est très peu introduit même dans le milieu du barreau tunisien.

Khaled El Dib

Avocat au barreau du Caire (Égypte)

Le procès équitable du point de vue d'un avocat égyptien : entre réalité et espoir

J'ai décidé de consacrer mon intervention au procès équitable du point de vue d'un avocat égyptien, c'est-à-dire à l'aspect pratique que nous, en tant que praticiens, nous rencontrons tous les jours. Est-ce que le procès équitable existe réellement en Égypte et est-ce qu'il y a un espoir, s'il n'existe pas, qu'il existe un jour ? Deux révolutions successives en l'espace de deux ans, celle du 25 janvier 2011 et celle du 30 janvier 2013, ont amené l'Égypte à franchir le premier pas vers une vraie démocratie, après s'être débarrassée de 60 ans d'un pouvoir dictatorial. Hormis la nécessité de réformer les institutions, la grande question qui se pose est



celle concernant la justice, car cette dernière est la seule capable de combattre la corruption de manière durable et d'instaurer des règles saines de fonctionnement de la société. Le procès équitable constitue dans cette perspective la pierre angulaire de toute réalisation, pour toute réforme à venir, et pose bien sûr des questions sur son contenu.

En ce qui concerne l'Égypte, je vais préciser rapidement que dans la Constitution égyptienne, dans le code de procédure pénale et dans le code de procédure civile, on trouve presque tous les éléments du procès équitable : c'est-à-dire le droit de pouvoir recourir à un tribunal indépendant, le principe de l'égalité des armes et le respect du contradictoire, les audiences et les débats doivent être publics, les affaires doivent être jugées dans un délai raisonnable et enfin, les décisions doivent être exécutées. Bien sûr dans le cadre pénal, les garanties que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme prescrit sont toujours les mêmes : le droit au silence, le droit d'être assisté par un avocat, le droit d'être informé tout de suite de l'accusation, le droit d'être défendu ou de se défendre par soi-même – le cas échéant, l'État peut pallier à ce manque en nommant un avocat –, le droit de citer et d'interroger les témoins, le droit de disposer d'un interprète et de documents traduits et le droit de faire appel. Dans la Constitution est ajouté le droit d'avoir accès à toute information concernant le procès, que ce soit un procès civil, pénal ou administratif.

Ceci en ce qui concerne les textes, et des textes, en Égypte, nous en avons. Mais il y a une disparité extraordinaire entre les textes et leur application. Commençons par la Constitution, il y a un chapitre spécifique qui organise le pouvoir judiciaire, composé de 16 articles. Sur ces 16 articles, il y a 14 articles consacrés aux différents corps du pouvoir judiciaire, un article pour les avocats, un article pour l'expertise.

Le problème n'est pas celui du nombre, c'est cette confusion entre les deux types de métiers, entre le métier de l'avocat, métier libéral qui doit être exercé par un avocat prenant tous les risques à son compte, et celui des juristes qui travaillent dans les différents corps administratifs de l'État. L'article 198 met à pied d'égalité les deux métiers, à mon avis totalement distincts. Le travail, l'effort n'est pas le même. Nous, nous assumons un travail qui est entouré par de grands risques, nous n'avons pas de salaire à la fin du mois, nous ne toucherons quelque chose que si nous avons travaillé. Mais le barreau général des avocats en Égypte, pour des raisons électorales, a intégré les juristes qui travaillent dans des entreprises de l'État parmi les avocats, ils sont membres comme nous du barreau et jouissent des mêmes droits.

Bien sûr, l'indépendance du pouvoir judiciaire est quelque chose de très important, je ne vois pas un seul système démocratique qui ne cherche pas à réaliser cette indépendance. Mais d'un autre côté, l'indépendance du pouvoir judiciaire en Égypte pose plusieurs problèmes. Pour moi cette question –mais c'est un avis personnel –, c'est l'arbre qui cache la forêt. Il est vrai que nous avons besoin d'une justice forte qui tienne tête à l'État, aux forces économiques dans le pays, qui ne reçoit pas d'ordre, qui n'a pas peur de parler et qui doit être protégée en assumant ses fonctions.



Mais ce qui m'intéresse le plus, ce n'est pas cela, parce que cela représente une infime partie du travail du magistrat. Nous sommes presque 90 millions d'égyptiens, la massification du nombre de contentieux fait que le juriste est appelé à statuer sur un nombre infernal de dossiers. Il est impossible d'imaginer qu'un juge puisse statuer dans un tribunal correctionnel sur 1400, 1500, 1600 affaires en une journée. Alors de quel procès équitable peut-on parler si dans la pratique on ne peut pas le réaliser ? Il est vrai que l'Égypte rencontre des problèmes de moyens, mais cela aussi est un leurre car l'histoire ne dépend pas des moyens mais de la volonté politique, c'est-à-dire une volonté qui veut asseoir une justice équitable mais qui s'occupe aussi des millions d'affaires de pauvres gens qui sont tous les jours dans les tribunaux.

En tant que praticien, la pression exercée sur le magistrat venant du ministère de la Justice ne représente rien dans mon travail quotidien par rapport à la réalisation d'une vraie justice, d'un vrai procès équitable, qui concerne des millions d'égyptiens. Le nombre de magistrats en Égypte est très limité par rapport à l'ensemble de la population, ce qui est un premier problème. Le deuxième problème, c'est que nous n'avons pas suffisamment de tribunaux pour pouvoir assumer le rôle de la justice.

En Égypte, le juge n'a pas de bureau. Le substitut du parquet fait office de juge d'instruction – l'Égypte a copié exactement le système pénal et la procédure française, mais nous n'avons pas de juges d'instruction. Il peut y en avoir jusqu'à quatre dans une seule pièce qui mesure 16 m² avec quatre bureaux et devant chaque bureau une seule chaise, où se retrouvent l'accusé, son avocat, des témoins. De quel procès équitable parle-t-on à ce moment-là, si on ne peut pas garantir un contexte valable pour que les magistrats arrivent à remplir leurs fonctions et à préparer leurs dossiers ?

D'un autre côté, on a aussi des phénomènes de laisser-aller. Par exemple, on voit souvent des audiences qui se déroulent dans l'antichambre de la salle d'audience, parce que les juges, à cause de la chaleur ou du froid, préfèrent ne pas s'installer dans la salle. Toute l'audience se déroule dans une pièce exiguë de 12 m², entre les trois juges et le greffier, le monceau de dossiers et les parties au procès. Alors quand on parle de publicité du procès, de quoi parle-t-on ?

Comment en est-on arrivé à cela ? L'Égypte était leader dans le monde arabo-musulman, dans un certain nombre de domaines, et plus particulièrement dans le domaine de la justice. Il me semble que cela a commencé par la dégradation du niveau de l'enseignement, que ce soit l'enseignement primaire, le premier cycle, le deuxième cycle, le troisième cycle. Aujourd'hui, un diplôme de doctorat ne vaut plus rien.

Et lorsque j'embauche des collègues avocats, de jeunes confrères qui veulent faire leur stage, ils ne sont même pas capables d'écrire en bon arabe, et cela est dû à la faiblesse de la qualité de l'enseignement. Si on passe maintenant aux autres corps de métiers, l'Égypte n'a pas d'école de la magistrature, mais un Centre national des études judiciaires (CNEJ), dont j'ai eu l'honneur de faire partie de l'une des premières promotions, en 1982. À l'époque on avait



beaucoup d'espoir d'avoir le noyau d'une école de magistrature où l'on pourrait se former, sur le plan théorique et surtout sur le plan pratique, avec des notaires, des magistrats qui viendraient nous apprendre le travail avant que nous nous trouvions un jour face à un accusé ou à un témoin sans pouvoir faire quoi que ce soit. Malheureusement cet espoir a été avorté, et aujourd'hui on est arrivés à ce que le CNEJ ne fasse que deux mois de formation à la hâte.

On accède aujourd'hui à la magistrature sur dossier, sans examen d'aptitude, sans formation, la même chose pour le métier d'avocat, on s'inscrit au barreau et tout de suite on est avocat, ce qui se traduit par la baisse générale du niveau, que ce soit dans la magistrature ou dans le métier d'avocat. En Égypte, actuellement, on a dépassé les 500 000 avocats, que vont-ils faire ?

Le procès équitable, c'est un juge, ce sont des parties et c'est un avocat. Mais aujourd'hui, en matière civile et administrative, on ne plaide plus, on nous demande juste de présenter des conclusions. Mais lorsque je fais face à une difficulté juridique, un contrat tripartite où les analyses sont très complexes, je dois pouvoir attirer l'attention puisqu'il y aura des délibérations, faire parvenir ma façon de faire, car je suis moi, l'avocat, l'humble créateur de l'affaire que je présente au magistrat, le « sculpteur » du procès. Il faut un débat public avec les magistrats, pour qu'on apprenne d'eux et qu'eux apprennent de nous, et c'est là le problème.

Malheureusement, à l'instar de l'exemple tunisien, il y a aujourd'hui un divorce consommé entre le métier d'avocat et la magistrature. Je n'aime pas la langue de bois, et je m'excuse par avance pour les personnes qui pensent que je vise particulièrement la magistrature, mais nous ne donnons pas de verdicts, nous n'écrivons pas de décisions judiciaires, nous préparons juste nos affaires, avec nos conclusions, on saisit le tribunal, on communique des documents, mais celui qui écrit à la fin, c'est le juge.

Si le juge n'a pas préparé ses dossiers, tout ce qui le lie à l'affaire c'est juste son procès-verbal. Avec le nombre phénoménal des affaires en cours, les juges malheureusement n'ont plus le temps de lire les dossiers avant d'arriver à l'audience. Du coup on est là en train de réclamer des délais ou des autorisations pour avoir tel document, mais le juge ne connaît pas les tenants et les aboutissants de l'affaire avant qu'il ne la mette en délibération, c'est-à-dire que pendant une ou plusieurs années, il n'y a que les procès-verbaux du juge et du greffier qui font office de toutes les informations présentes à l'audience, et à partir de là il n'y a pas d'échange, parce que malheureusement le juge n'a pas une idée de quoi il s'agit.

Le procès équitable dans ce cas-là ne peut pas avoir lieu. Une dernière chose pour conclure, il y a une fâcheuse pratique en Égypte qui prescrit qu'on n'a pas le droit de commenter les décisions judiciaires, mais comment peut-on faire progresser la justice sans la critique, sans que des spécialistes puissent critiquer les décisions judiciaires ? La France nous a donné un exemple extraordinaire avec l'affaire d'Outreau, dans laquelle ce juge d'instruction, qui s'appelait Fabrice Burgaud, a mis en garde à vue dix-sept personnes, accusées d'avoir commis des viols, des agressions sexuelles et des corruptions de mineurs. Après avoir été déférés



devant la cour d'assises, ils ont été relaxés. L'opinion publique, c'est ça que je veux en Égypte, que l'on puisse se poser des questions.

Comment est-ce possible, dans un pays démocratique comme la France, qu'un juge d'instruction mène une instruction à charge, en ne voulant rien entendre de la part des accusés. Il était sûr de suivre le droit chemin, il était sûr qu'il était équitable. Et ce qui est extraordinaire, et je rêve que ça se passe en Égypte, c'est que rien que pour ce juge, on a fait une commission d'enquête parlementaire qui a été retransmise à la télévision pour expliquer à l'opinion publique le point de vue de ce juge et pourquoi il a travaillé de cette manière. Il ne travaille plus comme juge d'instruction aujourd'hui.

C'est un exemple de ce qu'on appelle le contre-pouvoir, qui est très important pour la justice et le procès équitable. Dans quel pays peut-on imaginer un avocat, sortant à chaud d'une cour d'assises, dire qu'il y a 100 ans on a condamné un jeune officier qui avait le tort d'être juif, Alfred Dreyfus, et qu'aujourd'hui on a abandonné un jardinier parce qu'il a le tort d'être maghrébin ? Le regretté Jacques Vergès, dans l'affaire Omar Raddad, a pu s'exprimer ainsi contre la justice, en critiquant la justice et en rappelant une affaire qui a fait couler beaucoup d'encre et fait beaucoup de mal aux Français.

J'ai l'espoir qu'un jour l'Égypte recouvre sa capacité d'antan, nous étions un grand pays aux 19^{ème} et 20^{ème} siècles, la première université du monde arabo-musulman, le premier tribunal, la première codification, qu'en est-il maintenant ? C'est une grande question et j'espère que les jeunes d'aujourd'hui arriveront à rétablir la situation pour le mieux.

Latifa El Mahdati

Professeur de sciences criminelles, vice-doyenne honoraire de la Faculté des études juridiques, économiques et sociales de l'université Mohammed V de Rabat (Maroc)

Le procès disciplinaire carcéral équitable

Dans un lieu où se confronte tension, souffrance et violence, où la vie des détenus et des fonctionnaires est constamment menacée, la discipline est une exigence. Le maintien de l'ordre et de la sécurité dans les prisons est incontestable. Mais les sanctions disciplinaires dans le champ carcéral revêtent un caractère particulier qui peut atteindre un certain degré de gravité. Au Maroc, l'administration pénitentiaire, au nom du règlement intérieur, a toujours exercé son pouvoir disciplinaire avec excès. Ce qui a exposé les prisonniers à des sanctions cruelles.

En 1999, sous l'impulsion du Conseil consultatif des droits de l'homme, aujourd'hui Conseil national des droits de l'homme, la loi relative à l'organisation et au fonctionnement des établissements pénitentiaires a vu le jour. C'est une avancée révolutionnaire en matière de droit pénitentiaire. Un régime disciplinaire est instauré. Le législateur pose alors les bases d'un système pénitentiaire légalitaire. La Constitution marocaine de 2011 instaure l'État de



droit. Elle consacre le principe de la dignité des citoyens et fait de la réinsertion des détenus un principe fondamental.

Le détenu est un citoyen car son rapport à la citoyenneté est constant malgré son incarcération. Les personnes incarcérées appartiennent toujours à la société, tenue de leur reconnaître cette appartenance de droit. Toute personne incarcérée a droit à un traitement humain en vue d'une réinsertion, elle a aussi droit à un procès disciplinaire équitable (II). Cette notion a connu un débat qui a fini par lui reconnaître une large perception (I).

I. Extension de la notion du procès équitable à la phase de l'exécution

L'État de droit impose le respect de la dignité des citoyens quel que soit leur statut. Ainsi, le détenu doit jouir de sa dignité humaine qui représente « le socle des droits fondamentaux ». Par conséquent l'État doit protéger sa dignité en lui permettant de bénéficier de tous les droits qui ne s'opposent pas à la privation de liberté, sachant que cette dernière est une sanction pénale qui ne prive le détenu que du droit de circuler librement.

Le principe du respect de la dignité humaine trouve son origine dans le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme, les deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme et l'ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme de détention ou d'emprisonnement. La consécration du principe par la Constitution marocaine du 1er juillet 2011 dans son article 22 est une innovation. L'article 23 de la même Constitution consacre le procès équitable, les droits fondamentaux des détenus et les conditions de détentions humaines.

Cet article, inséré dans le chapitre des libertés et droits fondamentaux, énonce les garanties du procès équitable : *« Nul ne peut être arrêté, détenu, poursuivi ou condamné en dehors des cas et des formes prévus par la loi. La détention arbitraire ou secrète et la disparition forcée sont des crimes de la plus grande gravité. Elles exposent leurs auteurs aux sanctions les plus sévères. Toute personne détenue doit être informée immédiatement et d'une façon qui lui soit compréhensible des motifs de sa détention et de ses droits, dont celui de garder le silence. Elle doit bénéficier, au plus tôt, d'une assistance juridique et de la possibilité de communication avec ses proches, conformément à la loi. La présomption d'innocence et le droit à un procès équitable sont garantis. Toute personne détenue jouit de droits fondamentaux et de conditions de détention humaines. Elle peut bénéficier de programmes de formation et de réinsertion. Est proscrite toute incitation au racisme, à la haine et à la violence. »*

L'article 23 précité enregistre l'adhésion du constituant marocain à la conception large de la notion du procès équitable consacrée par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et confortée par une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*, qui a étendu le champ d'application du procès équitable à la phase de l'exécution des peines privatives de liberté.



Cet élargissement du concept repose d'abord sur l'exigence de la protection des droits fondamentaux des détenus, sur le principe de sauvegarde de la dignité des détenus. Si le détenu doit souffrir pour s'acquitter d'une dette qu'il a envers la société, sa souffrance doit se faire dans la dignité. Il s'agit d'un milieu carcéral et d'un procès disciplinaire qui peut aboutir au prononcé d'une sanction privative de liberté (le placement en cellule), contrairement à tous les autres procès disciplinaires relatifs aux administrations publiques. Par principe, les procédures disciplinaires ne relèvent pas du champ pénal, mais en matière pénitentiaire, le contentieux disciplinaire peut être assimilé au contentieux pénal.

Cet aspect du procès équitable est resté pendant longtemps occulte et dissimulé. Le pouvoir disciplinaire détenu par l'administration pénitentiaire n'avait pas de limites. Le régime pénitentiaire échappait à toute forme de contrôle. Même les commissions de contrôle censées faire des visites permanentes aux centres de détention pour relever les défaillances et recueillir les plaintes des personnes incarcérées étaient quasi absentes. Les prisons constituaient des espaces étanches et de ce fait ne permettaient aucune communication avec l'extérieur pour quelque motif que ce soit.

La nouvelle loi 23-98, promulguée en 1999, relative à l'organisation et au fonctionnement des établissements publics pénitentiaires consacre le principe de la légalité dans l'exécution des peines privatives de liberté. Tous les comportements qui constituent une infraction ainsi que leurs sanctions sont édictés par les dispositions de la loi. Il ne s'agit plus de ce pouvoir discrétionnaire absolu que détenait l'administration pénitentiaire, mais d'un pouvoir défini et contrôlé par la loi. C'est ce qui découle des articles 54 et 55 de la loi précitée et du code de procédure pénale de 2003 qui crée l'institution du juge de l'application des peines chargée de veiller à la bonne application de la loi.

La greffe de cette institution au sein des établissements pénitentiaires ne peut avoir qu'une seule signification, c'est de rétablir à l'organe judiciaire une mission d'application des sanctions qu'il avait abandonnée au profit de l'administration pénitentiaire. Le législateur marocain reconnaît donc la détermination de cette phase dans le procès pénal et de ce fait elle doit rester sous le contrôle de l'organe judiciaire.

Si l'exécution des peines privatives de liberté doit se faire dans l'équité, le procès disciplinaire doit impérativement obéir à ce même processus d'où le procès carcéral équitable.

II. Le procès carcéral disciplinaire

L'exécution de la peine privative de liberté fait partie du procès pénal. C'est un maillon de la chaîne de toute l'opération pénale qui ne prend fin qu'une fois que le condamné a été réinséré dans la société. La logique de la césure entre la phase du prononcé de la peine et celle de son exécution fait partie du passé. Si le procès pénal doit être équitable, l'équité doit englober toutes ses phases. Il y a peu de temps, la prison était considérée comme un monde clos géré par une administration autoritaire et loin de tout contrôle. Aujourd'hui et sous l'influence de l'évolution des droits de l'homme, la fonction de la peine privative de liberté a connu une



métamorphose vers la resocialisation du détenu. Afin d'accomplir cette nouvelle mission, l'État est appelé à promouvoir son mode de gestion des établissements pénitentiaires. Il faut que les détenus aient un statut juridique qui trace leurs droits et leurs obligations. L'environnement carcéral doit permettre la conciliation entre la préparation des détenus à la vie en société et la préservation de la sécurité dans les établissements pénitentiaires. Il incombe au législateur d'édicter des dispositions claires et précises pour éviter toute interprétation abusive de l'autorité pénitentiaire.

À l'instar des pays occidentaux, le Maroc s'est doté en 1999 d'une loi qui consacre le principe de l'individualisation du traitement pénitentiaire dans la légalité de l'exécution de la peine privative de liberté. Ce traitement doit permettre la réinsertion des détenus dans la société, laquelle réinsertion a été confortée par la nouvelle Constitution de 2011. C'est sous l'impulsion des travaux d'une commission désignée par l'ancien Conseil consultatif des droits de l'homme, créé en 1990, aujourd'hui Conseil national des droits de l'homme, que la loi 23-98 a pu voir le jour. Cette commission avait été désignée pour élaborer un rapport sur l'état des prisons au Maroc et la situation des droits des détenus dans ces établissements. Le constat était accablant. Il fallait donc réagir à cette situation qui a perduré depuis l'indépendance.

La lecture des textes 54 et 55 de la loi précitée laisse croire que le législateur marocain a procédé à l'énumération des infractions disciplinaires et des mesures disciplinaires qui leur sont appliquées. Mais une analyse approfondie des dispositions de l'article 54 permet de constater qu'il ne s'agit point d'une liste limitative, car quelques formulations non précises peuvent ouvrir la voie à d'autres infractions non mentionnées par le législateur. Quant à l'article 55 il cite les sanctions sans aucune correspondance avec les infractions, ce qui va à l'encontre du principe de la légalité. Parmi ces dispositions on peut citer la violation du règlement intérieur. Une large latitude d'appréciation des sanctions est laissée à la discrétion de l'administration pénitentiaire.

Ainsi donc, le législateur n'a pas opté pour la technique juridique dans l'adoption du principe de légalité en matière pénale, qui consiste à définir avec précision l'acte incriminé en lui affectant une sanction particulière et précise. Parmi les mesures disciplinaires figure le placement en cellule, qui peut être prononcé par la commission disciplinaire ou par le directeur de l'établissement pénitentiaire en attendant la tenue de ladite commission. Elle constitue une sorte d'incarcération dans l'incarcération.

Le législateur marocain a prévu la constitution d'une commission disciplinaire présidée par le directeur du centre pénitentiaire. C'est lui qui désigne les membres de cette commission qui va juger le détenu qui a commis une infraction. C'est aussi le directeur qui désigne le fonctionnaire qui va procéder à l'enquête et rédiger un rapport sur l'incident. Le jugement sera bien entendu prononcé par le directeur. Ce système entraîne donc des abus, avec un procès sans aucune garantie relative au procès équitable. Le détenu n'a pas droit à l'assistance d'un avocat, le principe du contradictoire n'est pas respecté, le procès disciplinaire ne s'effectue pas à charge et à décharge, le débat contradictoire fait défaut à ce prétoire.



C'est donc le directeur qui déclenche les poursuites, qui peut procéder au placement du détenu en isolement pour 48 heures en attendant la réunion de la commission disciplinaire, dans l'objectif de maintenir l'ordre au sein de l'établissement pénitentiaire. C'est encore lui qui juge le détenu, en prononçant la décision disciplinaire. Il concentre donc les pouvoirs des trois organes du procès pénal : le ministère public, qui procède aux poursuites ; le juge d'instruction chargé d'enquêter ; le juge du siège, qui prononce la sentence. C'est une confusion des pouvoirs qui peut l'amener à privilégier l'ordre de l'établissement au profit des droits du détenu. La question qui se pose est celle de savoir si le détenu peut interjeter appel contre cette décision. La réponse du législateur marocain est négative. Le détenu peut faire un recours gracieux, hiérarchique, mais aucun recours judiciaire n'est prévu par la loi. En outre, le délai de contestation de la décision de la commission est trop court. Le détenu n'a que cinq jours à partir de la notification pour contester la mesure disciplinaire prise à son encontre devant la hiérarchie. Or, dans le cas de la sanction la plus sévère, le placement en cellule disciplinaire, ce recours n'aura aucun effet sachant que la sanction aura été exécutée lorsque la hiérarchie statuera sur sa requête. Elle n'aura aucune valeur effective.

Enfin, il convient de signaler que le législateur pénal marocain, en créant en 2002 l'institution du juge de l'application des peines, s'est engagé dans le contrôle judiciaire de l'exécution des peines privatives de liberté, une étape qui doit être couverte de toutes les garanties dont bénéficie le procès pénal.

À mon sens, cette institution doit être renforcée par une attribution majeure qu'est la présidence de la commission disciplinaire afin d'ouvrir les voies de recours à la décision qui en émane. Il y a un principe fondamental qui fait du juge le gardien naturel des droits et des libertés, c'est bien ce principe qu'il faut investir afin de faire de la décision du prétoire un acte juridictionnel susceptible de recours judiciaires. Une juridictionnalisation de la commission disciplinaire serait le meilleur moyen de faire bénéficier ses décisions de toutes les garanties procédurales.

Saadia Wadah

Avocate au barreau de Casablanca, membre du Conseil national des droits de l'homme (Maroc)

La sécurité judiciaire au Maroc

Je souhaiterais que mon intervention permette des échanges autour d'un concept qui est nouveau dans la Constitution marocaine, celui de la sécurité judiciaire. Il y a un débat interne aujourd'hui pour définir ce concept. La Constitution marocaine de 2011 a, pour la première fois, fait référence au droit à la sécurité judiciaire, notamment en son article 117 sur le droit des justiciables et des règles de fonctionnement de la justice : « *Le juge est en charge de la protection des droits et libertés et de la sécurité judiciaire des personnes et des groupes ainsi que l'application de la loi* ». Elle a donc fait de la sécurité judiciaire un devoir incombant au juge.



La sécurité judiciaire fait partie du principe de sécurité qui trouve son origine dans le droit naturel et qui considère que la sécurité est un droit naturel comme celui de la liberté, de la propriété et de la lutte contre les abus. La sécurité judiciaire concerne l'activité judiciaire et diffère de la sécurité juridique, cette dernière comprenant le domaine juridique dans son intégralité, sa qualité, sa précision, la clarté des textes législatifs et la facilité de leur compréhension, de sorte à éviter la contradiction entre les règles juridiques. Elle implique également de veiller à ce que les règles du procès équitable s'appliquent et d'assurer l'application des principes d'égalité. La sécurité judiciaire est le reflet de la confiance en l'institution judiciaire et en ses décisions dans les affaires dont elle connaît, ce avec les garanties nécessaires en termes d'efficacité, de qualité et d'accessibilité.

Au Maroc, les juges sont désormais tenus d'assurer la mise en œuvre des dispositions de la Constitution, ce qui a renforcé les fondements de leur indépendance, de la justice et des droits des citoyens à la sécurité judiciaire, dont les manifestations s'infèrent à la bonne gouvernance.

Si la Constitution marocaine met à la charge du juge l'obligation de garantir la sécurité judiciaire, qu'en est-il de la nature de la responsabilité découlant de la violation de cette obligation ? Sera-t-elle sanctionnée par un droit à réparation au profit de la victime ? L'État est-il impliqué dans cet engagement ? L'article 122 de la Constitution cite que toute personne victime d'une erreur judiciaire a droit à une réparation à la charge de l'État. La réponse à cette interrogation implique de poser un certain nombre de problématiques relatives notamment à l'impact éventuellement négatif de la jurisprudence sur la sécurité judiciaire.

Si la décision judiciaire ne concerne en principe que les parties à l'instance, il en advient autrement lorsque la dite décision accède au statut de jurisprudence et partant à celui de source du droit. La décision judiciaire accède au rang de norme juridique impactant les situations ultérieures, au risque parfois de perturber la sécurité judiciaire, ce dont je vais donner un exemple dans le domaine des droits des femmes.

En 2010, la Cour de cassation a ordonné un arrêt qui interdit dans certains cas aux femmes qui demandent le divorce de percevoir des indemnités. Le problème c'est que les jugements prononcés avant 2010 ont fait l'objet d'un appel et qu'il a été alors demandé à toutes les femmes qui avaient divorcé avant cette jurisprudence de restituer les indemnités octroyées par décision judiciaire. La sécurité judiciaire peut donc aussi représenter un risque, entraîner une violation des droits fondamentaux des citoyens.

Quel est le lien entre la sécurité judiciaire et un procès équitable ? Il ne peut être question de sécurité judiciaire en l'absence d'une garantie des droits d'accès aux tribunaux et sans que soient assurés les critères d'un procès équitable et le respect des droits de l'homme. Il se peut que l'accès à la justice soit garanti, de même que peuvent être assurées de bonnes conditions de fonctionnement des tribunaux, avec des juges neutres et impartiaux et un exercice effectif des droits de la défense, mais il ne demeure pas moins que le magistrat peut être amené à dire que le droit, sur les fondements des lois, ne respecte pas les standards relatifs aux droits de l'homme.



On peut également faire référence à l'article 109 de la Constitution qui garantit au juge les conditions lui permettant d'assurer la sécurité judiciaire : *« Est proscrite toute intervention dans les affaires soumises à la justice. Dans sa fonction judiciaire, le juge ne saurait recevoir d'injection ou instruction ni être soumis à une quelconque pression. Chaque fois qu'il estime que son indépendance est menacée, le juge doit saisir le Conseil supérieur du pouvoir judiciaire. Tout manquement de la part du juge à ses devoirs d'indépendance et d'impartialité constitue une faute professionnelle grave, sans préjudice des poursuites judiciaires éventuelles. La loi sanctionne toute personne qui tente d'influencer le juge de manière illicite »*.

Pour conclure, la sécurité judiciaire est fondée sur le principe de l'indépendance et de l'impartialité du juge, qui sont les piliers de la protection et du respect des droits de l'homme, et de la construction de l'État de droit.

Débat

Salah Eddine EZZAROUALI

Dans sa nouvelle Constitution de 2011, le Maroc consacre un titre entier intitulé « Libertés et droits fondamentaux ». Le terme de droit fondamentaux a fait couler beaucoup d'encre en France lorsque la notion a investi le champ du langage juridique : qu'est un droit fondamental, comment un droit devient-il fondamental, pourquoi, jusqu'à quel point etc.?

Dans les 21 articles qui composent ce titre, on trouve tout un catalogue qui va du droit à la vie – un droit on ne peut plus fondamental – au droit à un environnement sain, soit la troisième génération des droits. En ce qui concerne le droit à un procès équitable, il est cité à deux reprises, dans l'article 23 où il est mis à côté de la présomption d'innocence, qui énonce que la présomption d'innocence et le procès équitable sont garantis ; il est repris dans l'article 120, qui énonce que toute personne a droit à un procès équitable, à un jugement rendu dans un délai raisonnable, puis, dans l'alinéa qui suit, que les droits de la défense sont garantis devant toutes les juridictions.

Si la répétition n'est pas admise dans un texte constitutionnel, là elle peut être tolérée, puisqu'une fois le procès équitable est combiné avec la présomption d'innocence, et dans un deuxième temps, il est combiné avec les droits de la défense et la notion de délai raisonnable qui sont des composantes du principe du procès équitable dans son ensemble.

Ceci nous amène au point suivant : la notion de procès équitable, dont les contours sont bien dessinés, s'analyse en tant qu'ensemble. On ne peut pas la prendre composante par composante et dire « cette condition est acquise, satisfaite, donc on est devant un procès équitable ». Toutes les conditions doivent être remplies, à savoir celles qui sont organiques (neutralité, impartialité etc.) et celles qui sont procédurales (droits de la défense, délai raisonnable etc.)



Mais suffit-il d'accoler le qualificatif fondamental à un droit pour le rendre ainsi ? Non, la fondamentalité d'un droit ne peut s'inférer qu'à travers les conditions et les garanties qui l'entourent. Les critères des droits fondamentaux avaient fait consensus entre les adjuvants et les opposants de la notion de droits fondamentaux dans la Constitution. Le premier critère, c'est que ces droits sont protégés contre le pouvoir exécutif – ce qui a toujours été le cas des libertés publiques –, mais également contre le pouvoir législatif, et c'est la particularité des droits fondamentaux. Le deuxième critère, c'est qu'ils sont garantis non seulement en vertu de la loi, mais également en vertu de la Constitution et des instruments internationaux pertinents en la matière. Le troisième critère, c'est une protection assurée non seulement par le juge judiciaire, le juge ordinaire, mais également par le juge constitutionnel.

Pour vérifier si ces conditions sont remplies en droit interne marocain, il y a eu une décision rendue le 13 août 2013, par laquelle le Conseil constitutionnel a censuré un projet de loi qui prévoyait un certain nombre de mesures tendant à modifier un article du code de procédure pénale marocain. L'article 139 de ce code dispose en son troisième alinéa qu'une copie de la procédure doit être mise à la disposition de l'avocat ou du conseil de l'inculpé au plus tard la veille de son interrogatoire, ce qui est un peu court comme délai.

Un certain nombre de députés ont élaboré un projet de loi qui accordait un délai beaucoup plus long, soit au moins dix jours avant l'interrogatoire au fond, mais qui allait encore plus loin, puisqu'il permettait parallèlement au juge d'instruction d'y opposer son refus, soit d'office soit sur réquisition du ministère public si le secret de l'enquête l'exigeait et dans un certain nombre d'infractions bien déterminées, à savoir l'atteinte à la sécurité de l'État, trafic d'armes, de stupéfiants, d'explosifs... Le projet permettait toutefois aux avocats d'interjeter appel de la décision du juge d'instruction devant la chambre correctionnelle, mais sans que cet appel ne soit suspensif de la décision de refus.

En tout état de cause, le Conseil constitutionnel a censuré le projet, et ce qui est intéressant dans cette décision, c'est que le Conseil a saisi l'occasion de rappeler que le procès équitable s'analyse en tant qu'ensemble, la décision commence d'ailleurs en rappelant que les droits de la défense, garantis devant toutes les juridictions en vertu de l'article 120 de la Constitution, constituent le droit fondamental par lequel s'exercent tous les autres droits.

Q : Vous avez parlé du procès équitable du point de vue d'un avocat égyptien. Comment commentez-vous la dernière décision de la jurisprudence égyptienne qui a condamné 529 personnes à la peine de mort dans un délai très court ?

Q : Vous avez parlé de la réalité de la justice en Égypte et de l'absence d'un réel procès équitable à cause d'un manque de moyens. Pensez-vous que c'est réellement à cause d'un manque de moyens financiers ou plutôt à cause d'un manque de volonté politique ?

Nous avons vu vos luttes contre les dictatures, que ce soit le régime de Moubarak, de Morsi, des Frères musulmans, mais c'est la première fois que j'entends un avocat égyptien qui parle clairement de cette réalité. Pourquoi ce silence de la part des magistrats et des avocats face à



la situation dont vous avez parlé, la situation des tribunaux, des relations entre les magistrats et les avocats, le niveau des avocats qui ne savent même pas écrire en arabe ?

Q : Qui a imposé cette règle de l'interdiction de commenter les décisions judiciaires ? Comment se fait-il qu'elle soit toujours appliquée et applicable malgré deux révolutions ? Est-ce par jugement rendu contre ceux qui contreviennent à cette règle, ou par révérence à l'égard de la justice ?

Khaled El Dib : J'ai bien sûr entendu parler de la condamnation de ces 529 accusés, sachant que les événements ont commencé sûrement après le 3 juillet, c'est-à-dire après la chute du régime de Morsi et des Frères musulmans. Je me suis alors posé la question : combien de temps a duré l'enquête policière, l'instruction ? Combien de témoins, d'experts, a-t-on entendus ? Combien de vidéos a-t-on visionnées ? Comment expliquer qu'on en soit arrivé en si peu de temps à la peine de mort pour 529 personnes, si ce n'est la politique ?

Pour moi, un procès équitable dans un délai raisonnable, ça ne veut pas dire bâclé. 529 peines de morts, au moment où la plupart des pays civilisés ont aboli la peine de mort, et pour, paraît-il, la mort de deux officiers, on ne peut que spéculer. Il est impossible que tout se passe en si peu de temps s'il n'y a pas actuellement une volonté politique pour faire les choses dans ce sens-là. Il faut aussi savoir qu'en Égypte le délai d'un pourvoi de cassation est entre sept et quatorze ans, c'est-à-dire qu'aujourd'hui mon cabinet a des audiences en cassation pour des affaires qui remontent à 2000/2001, cela vous laisse imaginer cette lenteur de la justice, avec cette rapidité extraordinaire de l'autre côté quand il s'agit de l'opinion publique.

En ce qui concerne la volonté politique ou le manque de moyens, on dit manque de moyens pour « faire chic », mais la vérité c'est qu'il n'y a pas de volonté politique puisque, et on va dépasser le cadre du droit, depuis la révolution de 1952 et jusqu'à maintenant, rien n'a été fait pour les citoyens, tout est fait pour les gouvernants, les gouvernés, les citoyens égyptiens n'existent pas. Quand je parlais d'indépendance de la justice comme la partie la plus infime de toute la question de la justice, c'est parce qu'il faut une refonte totale du système judiciaire en Égypte. Les citoyens n'en peuvent plus, il y a des lenteurs, il y a très peu de juges et en outre, depuis une vingtaine d'années, il y a cette « mode » d'être juge et de travailler en même temps au sein d'un ministère. C'est une forme de corruption. Au moment où la magistrature demande l'indépendance, elle accepte que ses membres aillent en contrepartie de salaires mirobolants être conseillers auprès de tel ministère ou de telle administration. Alors je ne vois pas du tout l'indépendance de la justice de ce point de vue.

Pourquoi tout ce silence ? Parce que parler peut être un délit. En 2002 j'ai eu un problème au cours d'une plaidoirie devant une cour d'appel et ce différent a pris une tournure totalement inattendue. Le président du tribunal a perdu la tête, il a enjambé son bureau et a voulu me frapper. J'ai déposé plainte auprès du Conseil supérieur de la magistrature et à la fin de l'instruction, de victime je suis devenu accusé pour avoir manqué de respect à toute la magistrature. Je ne suis pas rentré chez moi, j'ai d'abord été en détention provisoire quatre jours, prolongée deux semaines après, et sans les interventions des uns et des autres, j'aurais



peut-être été frappé par une décision beaucoup plus grave. Pourquoi, parce que j'ai osé dans ma plainte dire à quel niveau on en est arrivé, lorsqu'on voit ce grand laisser-aller parmi les juges en Égypte, des juges qui enlèvent leur veste à l'audience, fument, prennent du café, du thé, ont leur portable qui sonne, des exemples qui m'ont donné beaucoup d'amertume, parce que l'Égypte mérite beaucoup mieux que cette justice-là.

Cela ne concerne qu'une infime partie des juges, la majorité ne sont pas comme ça, mais c'est cela qui est grave, parce qu'on voit toujours ce qui est très ostensible. Le peuple n'a pas la possibilité de discerner, de faire la différence entre ces exemples et la majorité des juges, c'est ça le problème. Ce silence est aussi dû au fait qu'il y a trente ans, quand j'ai débuté au parquet et après comme avocat, nous étions les deux jambes de la justice. Aujourd'hui nous avons une justice unijambiste, il n'y a que les juges, les avocats ne représentent rien dans le système, nous n'existons pas, on ne nous consulte pas, les magistrats savent tout, ils ne veulent rien entendre, il n'y a pas de concertation et on n'arrive pas à régler les problèmes. Or, si on travaillait comme avant, la justice en Égypte pourrait aller très loin.

La règle du commentaire s'est imposée par la force des choses, ce n'est pas une règle écrite. Dans la législation égyptienne, on peut être dans n'importe quelle audience condamné par le juge pour avoir attaqué ou perturbé ceci ou cela. Donc, ou je suis là pour défendre mon client ou pour me défendre moi-même, alors je préfère défendre mon client.

Q : Qui critique les jugements ? L'opinion publique ? Mais qui est l'opinion publique ? La Cour de cassation donne son avis sur tous les jugements, c'est son rôle. Il est impossible de laisser l'opinion publique juger les jugements, c'est une chose de spécialistes.

Khaled El Dib : La Cour de cassation n'est pas Dieu, on a de très bons juristes en dehors de la Cour de cassation qui peuvent apprendre à la Cour des nouvelles choses, la conseiller. Moi j'ai fait mes études en France, quand on voit le nombre de périodiques, avec tous ces commentaires d'arrêt, c'est cela qui fait progresser le droit en France. Nous, nous n'avons pas des périodiques, nous n'avons rien.

Q : En ce qui concerne la critique, je suis pour s'il y a un système, une méthodologie comme en France, dans les médias et l'opinion publique. Après une sentence, on entend souvent dire dans nos médias que les gens sont innocents, ce n'est pas une critique, c'est une autre sentence, donc ce n'est pas acceptable.

Pour la formation des juges, je suis d'accord sur la nécessité d'une École nationale de la magistrature. Mais il y a beaucoup de défis pour avoir une justice civilisée avec des moyens comme en France, il faut du temps, des moyens financiers et humains.



Mohamed Ali El Haissan

Membre de la Commission régionale du Conseil national des droits de l'homme de Guelmim-Tan-Tan (Maroc)

Les commissions régionales du Conseil national des droits de l'homme et la justice transitionnelle au Maroc

Je commencerai par dire que j'ai été bénéficiaire de la justice transitionnelle et victime de la justice ordinaire. J'ai été détenu politique sans jugement durant seize ans. À ce moment-là, il y avait de la justice, des édifices de justice, des tribunaux, mais on était toujours victimes, on n'avait pas de jugement équitable.

Je me demande si « équitable » n'est pas un jeu de mots, un mot pour mettre un peu de maquillage sur la justice. Au Maroc, il est vrai qu'après les recommandations de l'Instance Équité Réconciliation (IER), après la Constitution de 2011, le pays a entamé de vraies réformes, soit au niveau de l'indépendance de la justice, soit au niveau de l'installation d'un ensemble de mécanismes qui peuvent défendre et garantir les droits fondamentaux et les libertés publiques.

On peut par exemple parler du Conseil national des droits de l'homme (CNDH), qui est maintenant sollicité par beaucoup de pays pour son expérience et dont les idées et les travaux se sont inspirés du Conseil consultatif des droits de l'homme (CCDH) précédent. Le CNDH a créé des commissions régionales dans toutes les régions du Maroc, pour qu'elles gardent leur spécificité en travaillant à la promotion et à la protection des droits de l'homme. Ce sont des instances de proximité, pour être au plus près des citoyens et être tout de suite présent quand des violations se passent.

Moi je n'imagine pas dans le monde arabe qu'il puisse y avoir une justice équitable sans démocratie, et pour avoir la démocratie, il faut une indépendance de la justice, une impartialité du juge et du jugement. C'est vrai que la justice transitionnelle au Maroc a des petites faiblesses, par exemple au niveau de l'impunité, elle n'a pas bien travaillé sur l'impunité des responsables d'exactions massives lors des années de plomb – dont certains ont encore des responsabilités –, mais maintenant il y a un vrai combat public au niveau de la société civile pour lutter contre l'impunité. Tout ce que je peux dire, c'est que le Maroc avance peut-être lentement dans son processus de démocratie et de droit, mais il avance sûrement.





4^{ème} CONFÉRENCE
RÉGIONALE
DES JURISTES
FRANCOPHONES
TUNIS 2014

LES ACTEURS DU PROCÈS ÉQUITABLE

Première table ronde : un double engagement technique et éthique

Bernard Lavigne

Magistrat, vice-procureur au tribunal de grande instance de Toulouse (France)

Les procureurs

En France, les procureurs connaissent une période difficile. Au mois de janvier 2014, comme chaque année, les tribunaux organisent des audiences de rentrée au cours desquelles les chefs de juridictions, les présidents et les procureurs décrivent le tableau de leur juridiction en présence de toutes les personnalités, et notamment de toutes les personnalités de l'État, qui sont invitées. Je suppose que ce type de cérémonie existe ailleurs, en tout cas en France elles sont assez traditionnelles. Et cette année, pour la première fois, 134 sur les 161 procureurs de la République français ont lu le même texte au cours de ces différentes audiences à travers la France, dans lequel ils décrivent la situation des procureurs français, la difficulté dans laquelle ils exercent leur métier et la nécessité pour les pouvoirs publics d'y mettre un terme.

C'est la première fois qu'un tel mouvement se déroule en France et cela laisse imaginer l'état d'angoisse et d'inquiétude que vivent les parquets en France. Pourtant a priori, le statut tel qu'il est défini dans notre Constitution et tel que l'a interprété le Conseil constitutionnel ne pose pas trop de problème. L'autorité judiciaire, qui, en vertu de l'article 66 de la Constitution, assure le respect de la liberté individuelle, comprend pour le Conseil constitutionnel les magistrats du siège et ceux du parquet. Il n'y a donc pas d'inquiétude, on fait partie du même corps, on passe d'ailleurs le même concours, on suit la même formation au sein de la même école, on prête le même serment et tout au long de la carrière on peut exercer les fonctions du siège ou du parquet.

Ici par exemple nous sommes deux procureurs, Patrick Lopez Terrez, qui sera bientôt procureur en France, et moi-même, qui avons tous les deux commencé nos fonctions au siège, nous avons été juges pendant plusieurs années avant de passer procureurs. Je sais que dans beaucoup de pays arabes c'est un peu l'inverse, la tradition veut qu'on commence procureur et qu'on finisse juge. En France la tradition est un peu la même mais malgré tout on s'autorise le passage de l'un à l'autre. Donc on a toujours eu le sentiment qu'on faisait partie du même corps et qu'on était à égalité avec les juges du siège.

Il se trouve que depuis quelques années les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme dans un premier temps, mais également et surtout de la Cour de cassation encore récemment, suivies par les pouvoirs publics eux-mêmes dont le ministère de la Justice, ont donné le sentiment que nous n'étions pas exactement les mêmes que les autres et que nous n'avions pas exactement le même statut. Je veux parler bien sûr des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme qui se sont fondés sur ce procès équitable que nous avons commencé à évoquer, pour dire que le procureur étant une partie poursuivante, il n'était pas indépendant et qu'à ce titre-là il ne pouvait pas bénéficier des mêmes garanties que les juges du siège.

Et récemment, la Cour de cassation, dans une décision très difficile à accepter pour les procureurs, a considéré que la mesure de géolocalisation, qui est une mesure technique permettant de suivre les allées et venues de certains suspects, jusque-là prise par les procureurs pour permettre aux policiers et aux gendarmes de mener à bien leurs enquêtes, devait être ordonnée par un juge et non par un procureur, dans la mesure où elle touchait à la vie privée.

Cela a créé chez nous un sentiment profond de désespoir, parce que nous sommes en même temps responsables de la conduite des enquêtes, de la présentation des individus devant les tribunaux, et progressivement on nous retire un certain nombre de nos prérogatives et de nos pouvoirs. Ce sentiment sérieux a justifié cette initiative des procureurs de faire savoir publiquement que cela ne pouvait pas durer, d'autant qu'en parallèle on nous promet depuis de nombreuses années une réforme du statut de façon à renforcer cette indépendance que l'on réclame à cor et à cri, et cette mesure ne vient toujours pas.

Ceci fait qu'à l'heure actuelle, c'est justement sur la base des avancées de la définition du procès équitable que le statut de procureur en France est en train de se fragiliser et qu'il faudra un jour ou l'autre se décider, une bonne fois pour toutes, entre définitivement intégrer les procureurs dans le corps des magistrats, tel que c'est prévu normalement par la Constitution, ou diviser le corps en deux entre les agents qui jugent et les agents qui enquêtent et poursuivent.

Je voudrais revoir ce malaise à travers deux aspects, d'une part ce que ces différentes jurisprudences ont eu comme conséquence dans la gestion des enquêtes, puisque le procureur dirige les enquêtes, mais également dans la gestion des poursuites et évidemment à l'audience. Qu'est-ce qui a changé dans la manière de faire des procureurs depuis cette succession de décisions judiciaires qui modifient la façon de travailler ?



Puis, en second lieu, de voir ce qui a changé en matière d'éthique et de déontologie. Qu'est-ce que certains grands principes reconnus par le Conseil supérieur de la magistrature ont connu comme évolution, notamment le principe d'indépendance et également le principe de légalité, c'est-à-dire la nécessité d'être compétent. Ce dernier principe a permis la mise en place d'une formation dont on peut dire qu'il s'agit vraiment d'un élément très fort de la magistrature en France. Nous bénéficions, que ce soit *ab initio* à l'École nationale de la magistrature ou par la suite durant notre carrière, de possibilités de formation qui concernent autant les juges que les procureurs et qui doivent être reconnues et admises comme un remarquable outil pour la profession.

Concernant les évolutions que la jurisprudence du procès équitable nous a amenés à aménager dans notre travail d'enquête, l'un des points intéressants c'est que la Cour de cassation surtout, mais également le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme, ont imposé aux pouvoirs publics français des modifications du régime de la garde à vue. Jusqu'il y a quelques années, la garde à vue était le domaine réservé auquel l'avocat n'avait aucun droit de participer ou en tout cas sur lequel il n'avait aucun regard, et cette période était la période secrète durant laquelle certaines choses se faisaient.

En quelques années, à la suite de plusieurs décisions et réformes qui continuent encore d'évoluer, on a vu l'avocat intervenir de plus en plus précocement, puisque désormais il pourra être présent dès la première heure, et d'ici à juin prochain, la police ou les gendarmes seront tenus de mettre à la disposition de l'avocat du suspect l'intégralité du dossier, non seulement à l'avocat mais aussi au prévenu s'il n'a pas d'avocat, et s'il ne parle pas la langue française, sa traduction dans la langue qu'il parle.

Vous imaginez la difficulté que cela va entraîner pour les autorités de police qui agissent sous le contrôle du procureur. D'ores et déjà le ministère de l'Intérieur a fait savoir qu'il refusait d'en supporter les frais, or il va bien falloir que quelqu'un paie, puisque ces copies de procédure vont devoir être effectuées rapidement, et il faudra bien qu'à un moment donné l'un des ministères accepte d'en prendre la charge. Cet aspect est un peu anecdotique, mais ce qui ne l'est pas, c'est que cela a eu un impact sur la manière de mener une enquête.

Parce que cela vient s'ajouter à des progrès techniques qui font que nous sommes peu à peu sortis d'une culture de l'aveu, assez ancienne, dans laquelle ce que l'on voulait au fond, c'était que lorsque quelqu'un était arrêté, en fonction de ce qu'on avait contre lui, il puisse reconnaître les faits au cours de la garde à vue, et ensuite on le présentait devant le juge. Ça, c'était la vieille tradition. Depuis quelques années déjà, on a basculé vers une culture de la preuve, qui fait que la garde à vue étant le moment le plus difficile pour les enquêteurs et pour le procureur, on préfère l'organiser le plus tard possible, sinon même l'éviter.

On mène donc à l'heure actuelle des enquêtes uniquement sur la base d'éléments techniques. Par exemple pour un cambriolage, un vol avec effraction commis dans un domicile, on a augmenté les moyens des équipes techniques d'investigation, de façon à essayer de retrouver



des éléments de type empreintes digitales ou génétiques, car même si les cambrioleurs portent des gants, on a la capacité de retrouver maintenant des traces d'ADN qui nous permettent de remonter sur une identification possible. À cela s'ajoutent les progrès de la téléphonie, on écoute beaucoup de personnes mais on s'intéresse aussi beaucoup à la téléphonie de ces personnes, c'est-à-dire à la capacité de visualiser les déplacements des uns et des autres à une période donnée sur un lieu donné. Cette insistance sur la preuve technique est l'une des conséquences réelles de cette réforme de la garde à vue, de cette volonté de la Cour européenne des droits de l'homme de sanctionner toute atteinte aux droits de l'homme à travers une garde à vue qui ne serait pas bien gérée.

L'autre conséquence, c'est que les enquêteurs perdent la notion de ce pour quoi ils étaient faits au départ. Un enquêteur est d'abord quelqu'un qui est en mesure, en fonction de l'interrogatoire qu'il va mener avec un individu, de le pousser dans ses retranchements, de l'amener à reconnaître ou non un certain nombre de choses. Beaucoup d'enquêteurs maintenant comptent essentiellement sur les progrès techniques pour ne pas avoir à faire ce travail d'interrogatoire. C'est une évolution très intéressante du métier d'enquêteur, qui considère que tout étant technique il n'y a qu'à attendre les résultats des empreintes génétiques, de la téléphonie, et puis on mettra en garde à vue la personne. Et au fond, qu'elle dise « j'ai commis ou non les faits », ça n'intéresse plus personne, on préfère la présenter telle quelle devant les juges.

Cela aura un impact à l'audience, parce que là aussi le système antérieur était un système dans lequel tout était discuté, notamment devant le juge d'instruction. Tout était remâché, élaboré, il n'y avait rien au moment de l'audience qui n'ait pas déjà été dit auparavant au cours de l'instruction ou de l'enquête. Or, à l'heure actuelle on est un peu dans un système à l'anglo-saxonne, où des coups de théâtre peuvent se produire durant les audiences, dans la mesure où les individus n'ont pas pu s'expliquer auparavant complètement sur les éléments de preuve recueillis. On en arrive donc à des audiences nouvelles au cours desquelles le procureur et les avocats peuvent discuter des preuves devant les juges et où on retrouve un peu les grands principes du procès équitable, à savoir le contradictoire et l'égalité des armes. Cela change la méthode ou la manière de faire qui était auparavant celle où le procureur arrivait avec un dossier que les juges et les avocats connaissaient déjà, le seul à ne pas le connaître c'était le suspect, voire les victimes qui écoutaient, gentiment et poliment, les discussions des spécialistes, mais cela s'arrêtait là.

Or maintenant, du fait de ce changement dans la nature de l'enquête, le procès est redevenu un peu la propriété des parties. C'est un élément qu'il faut accepter parce que cela modifie la pratique des procureurs, qui sont quand même les pourvoyeurs du procès par définition mais qui doivent accepter l'idée qu'ils doivent convaincre les juges à l'audience de la réalité de leurs preuves, ce qui n'était pas obligatoirement le cas auparavant. Mais même avant le procès, si tant est qu'il soit ce qui est de mieux en matière de procès équitable, les méthodes de poursuites des procureurs ont également évolué.



La masse des procédures est devenue tellement importante qu'il est impossible de présenter devant les juges l'intégralité des personnes contre qui on a des éléments qui justifieraient une poursuite. C'est un phénomène mathématique, on ne peut pas juger toutes les personnes qui ont commis des infractions devant des tribunaux correctionnels avec trois juges qui disposeraient du temps nécessaire pour écouter les parties.

Il a donc fallu naturellement, depuis une quinzaine d'années maintenant, modifier les pratiques de façon à consacrer le meilleur des procédures aux juges qui sont en mesure de prendre le temps nécessaire. Ce qui fait qu'on a une minorité de cas qui répondent aux critères du procès équitable, et une immense majorité de dossiers dans lesquels le procureur a fait des choix de poursuites qui sont soit des alternatives aux poursuites soit des poursuites devant des juridictions qui ne sont pas la juridiction fondamentale, c'est-à-dire plusieurs juges. On a par exemple de plus en plus dévolu d'infractions aux juges uniques, ce qui est différent de ce que la Cour européenne des droits de l'homme estime être le tribunal correct qui répond aux critères du procès équitable.

Même avant cette possibilité de choisir entre juge unique et juges en collégialité, on a mis en place des alternatives à la poursuite, qui sont une traduction de la volonté de répondre systématiquement à toute violation de la loi, mais avec des réponses qui valent ce qu'elles valent. À savoir qu'on répond à une grande partie de nos infractions par des « rappels à la loi », c'est-à-dire le fait qu'un officier de police judiciaire va dire à la personne qui aura commis un vol dans un magasin, qu'il ne faut pas voler dans un magasin et que la loi l'interdit. Sauf que si pour nous, statistiquement c'est une réponse, pour le commun des mortels, c'est tout de même un peu étonnant, parce que cela ne change rien, est-ce que la personne a compris, est-ce que la victime va être indemnisée ?

Tout cela ne nous intéresse pas, ce qui nous intéresse c'est de donner une réponse qui soit statistiquement mentionnée comme une réponse pénale. On est donc passé du classement sans suite des affaires, parce qu'on n'avait pas la possibilité de répondre à une telle masse de contentieux, à une réponse maintenant quasi systématique, de l'ordre de 80 à 90%, mais qui n'est pas satisfaisante en soi, parce qu'elle ne permet pas aux personnes accusées d'être réellement jugées devant un tribunal, ni aux victimes d'être réellement entendues et indemnisées au cours de ces procès. C'est une nouvelle manière de travailler un peu étonnante qui conduira probablement au fait qu'on devra envisager le métier de procureur comme un métier particulier, différent de celui de juge et que du même coup on en arrivera à une séparation naturelle des corps.

Concernant l'éthique et la déontologie, il y a eu là aussi des changements sous la pression internationale et nationale. Le Conseil supérieur de la magistrature a élaboré progressivement non pas un code de déontologie mais un recueil des obligations déontologiques, qui n'existait pas auparavant, parce que je pense que jusqu'il y a une quinzaine d'années, tout ce qui concernait la déontologie, l'éthique des juges comme des procureurs était une chose en interne. On considérait que seuls les juges, les magistrats étaient à même de déterminer ce qui était bon ou non dans leur propre comportement.



Je crois que ce regard a évolué, on n'est plus maintenant dans le regard des juges sur eux-mêmes, mais dans un regard extérieur, celui de la communauté internationale, de l'opinion publique, du justiciable, sur la manière de faire la justice. Le justiciable s'est approprié la possibilité de commenter et de juger la justice. Et l'article 6 § 1 est intitulé de façon à ce qu'on se situe du côté du suspect, pas du tout du côté du juge. C'est ce qui a imposé aux organismes comme le Conseil supérieur de la magistrature de modifier sa manière de voir, de penser une sorte de recueil d'obligations déontologiques, ce qu'il n'avait jamais fait et ce que les autres pays n'avaient pas plus fait auparavant. Il n'y a que depuis une dizaine d'années qu'un certain nombre de pays créent, élaborent des codes déontologiques ou des recueils d'obligations déontologiques, parce que c'est devenu une obligation vis-à-vis de notre société. La société est en droit d'exiger de connaître exactement ce que le juge peut faire ou ne pas faire, et du même coup de pouvoir porter plainte éventuellement si elle considère avoir été maltraitée dans une décision de justice.

Pour élaborer ce recueil des obligations déontologiques des magistrats, le Conseil supérieur de la magistrature s'est fondé sur un sondage de l'opinion publique – ce qui montre bien ce besoin de s'appuyer dans sa réflexion sur ce que pense le public de la justice – et sur un sondage auprès des magistrats. Il distingue sept principes autour desquels il articule commentaires et recommandations tirées d'affaires qu'il a eu à connaître dans le cadre de son action disciplinaire : l'indépendance, l'impartialité, l'intégrité (avec la probité et la loyauté), la légalité, l'attention à autrui (c'est-à-dire la dignité et l'écoute de l'autre) et enfin la discrétion et la réserve.

Concernant l'indépendance, s'il y a un mot qui a été et est toujours un peu galvaudé ou incompris, c'est bien ce terme, parce que quand on est procureur, on reçoit constamment cette quasi-insulte de dire « vous n'êtes pas indépendant ». Mais je pense à titre personnel que l'indépendance est d'abord un comportement qui se gagne, qui se conquiert, qui s'éduque. On peut très bien trouver des gens parfaitement indépendants dans la magistrature « debout », c'est-à-dire chez les procureurs, et totalement à la solde de quiconque veut bien les écouter et les promouvoir du côté des juges, c'est vraiment un comportement qui n'est pas l'apanage d'un groupe par rapport à un autre.

Ensuite, concernant les procureurs, il est exact que le ministère public est soumis au principe hiérarchique, c'est d'ailleurs l'une de ses caractéristiques fondamentales et historiques, dans la mesure où le ministre de la Justice conduit la politique d'action publique déterminée par le gouvernement, qu'il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action publique, et qu'il peut leur enjoindre par des procureurs généraux d'engager des poursuites ou de présenter telle réquisition écrite qu'il jugera nécessaire.

La finalité est tout à fait logique, c'est qu'on souhaite proposer à l'ensemble du territoire national la même réponse pénale. C'est le principe de l'égalité de tous devant le service public de la justice et l'égalité de traitement des citoyens devant la loi pénale sur l'ensemble du territoire, il faut qu'il y ait une cohérence générale de l'action publique. Malgré tout ce



principe hiérarchique est quand même tempéré à mon sens par quatre éléments importants. Le premier est la théorie des pouvoirs propres, c'est-à-dire le fait que tout acte de magistrat du parquet produit pleinement ses effets quand bien même il serait en contradiction avec une instruction de son chef hiérarchique, ce n'est pas anodin et a des conséquences.

Deuxième principe, c'est que la liberté de parole à l'audience des magistrats du ministère public est quelque chose de particulièrement important. Vous connaissez le vieil adage, « *la plume est servie mais la parole est libre* ». Cela rejoint ce qu'on évoquait sur l'évolution du procès, on est dans l'égalité des armes, cette possibilité pour le procureur d'être libre, voire même comme les avocats de ne pas être poursuivi pour ce qu'il a pu dire. Il y a une jurisprudence de la Cour de cassation de 1950 qui accorde une sorte d'immunité au procureur dans les propos qu'il peut tenir à l'audience, ce qui n'est pas une décision législative, contrairement au statut des avocats, qui eux ont une immunité dans les propos qu'ils peuvent tenir au cours de leurs plaidoiries.

Troisièmement : l'interdiction pour le Garde des sceaux de proscrire des poursuites dans telle affaire qu'il estimerait pourtant opportun de classer, et j'y ajoute une décision autonome du Garde des sceaux actuel de proscrire également toute demande ou instruction de poursuite. Cela ne signifie pas que c'est gravé dans le marbre, mais cela montre un peu cette volonté de garantir une certaine indépendance dans le travail des procureurs.

Enfin, et de manière un peu plus anecdotique, c'est l'indépendance à l'égard des juridictions et des parties, dans la mesure où la loi interdit les injonctions et les critiques de la juridiction au parquet et même sa récusation. C'est une évidence qu'il est bon de rappeler, car cela donne des garanties au procureur qui tempèrent cette idée que le procureur est quelqu'un qui n'a pas son indépendance propre.

Je ne reviendrai pas sur les tempéraments à cette indépendance, puisque, concernant le Conseil supérieur de la magistrature et concernant les procédures disciplinaires, on est encore dans un système dans lequel nous n'avons pas le même traitement que les juges du siège. J'ai cru comprendre dans le rapport commandé par le ministre à Jean-Louis Nadal sur l'évolution du ministère public, qu'une des mesures que souhaiterait justement cette commission, c'est de mettre les procédures disciplinaires des procureurs au même niveau que celle des juges, c'est-à-dire qu'il y ait une véritable indépendance et que le Garde des sceaux n'ait pas systématiquement son mot à dire dans ce type de mesure.

Deuxième point concernant ces principes, je voulais insister sur la légalité. La légalité, c'est le fait que la règle de droit s'impose au procureur, sauf qu'il se doit de la connaître. Cela signifie que le procureur comme tout magistrat a une obligation de compétence tout au long de sa carrière, et à l'heure actuelle, en France, l'inflation législative et réglementaire est telle qu'il est absolument nécessaire d'actualiser ses connaissances régulièrement, dans la mesure où ces textes changent continuellement, voire se contredisent parfois.



Dès le recrutement et dès la formation initiale, les pouvoirs publics ont institué cette École nationale de la magistrature, qui permet de donner une culture commune, une formation commune, un mode de réflexion et d'action commun à l'ensemble des magistrats. Mais plus important encore, et pour avoir travaillé au Moyen Orient pendant trois ans, j'ai bien vu qu'il s'agit là d'un domaine dans lequel nous avons beaucoup de chance, c'est ce domaine de la formation continue, cette obligation légale qui incombe aux fonctionnaires en général et aux magistrats en particulier d'avoir cinq jours de formation annuels, payés, et dans un cadre qui est toujours l'École nationale de la magistrature. Cela permet non seulement de prendre un bain de jouvence en termes de connaissances mais également de pouvoir partager avec un certain nombre de collègues les difficultés que les uns et les autres vivent dans telle ou telle juridiction.

Je pense que c'est une chance extraordinaire que nous offre le système judiciaire français d'avoir cette possibilité de bénéficier de ces cinq jours de formation, qui nous permet de parvenir à un degré de compétence tolérable pour le justiciable et qui surtout s'intègre dans l'appréciation que vont faire les chefs de juridiction sur la notation des magistrats. La participation aux formations fait en effet partie des éléments qui permettent à un chef de juridiction d'évaluer ses collègues du siège ou du parquet. Cette volonté de se former, d'améliorer ses connaissances participe de la note finale que le magistrat est en droit d'attendre de son chef de juridiction.

Il n'en reste pas moins qu'il va falloir dans les années à venir que l'exécutif ou le législatif prépare ou vote de façon solennelle un projet qui mette un terme à cet aléa dans lequel nous vivons en ce moment et qui crée cette tension chez les procureurs : soit, définitivement, renforcer l'unité du corps au risque de se trouver de plus en plus fréquemment en contradiction avec les juridictions et les jurisprudences européennes ou nationales quant au rôle du parquet, soit en tirer définitivement toutes les conséquences, comme l'ont fait d'ailleurs d'autres pays, à savoir séparer le corps entre les magistrats qui dirigent les enquêtes et les poursuites et ceux qui dirigent les jugements.

Essam Farag

Magistrat, vice-président de la Cour de cassation (Égypte)

Les juges

Dans tous les pays, les magistrats contribuent grandement à stabiliser l'équilibre des pouvoirs et leur action peut renforcer la confiance du public dans l'intégrité de l'État. Il faut donc, pour chaque pays, comprendre non seulement l'histoire de sa magistrature, mais aussi les changements survenus ces dernières années. Le droit à un tribunal compétent, indépendant et impartial est énoncé dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que dans des instruments régionaux tels que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Convention américaine relative aux droits de l'homme et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Cette dernière contient une disposition sur



l'indépendance judiciaire dans son article 26 qui stipule que « *les États Parties à la présente charte ont le devoir de garantir l'indépendance des tribunaux* ».

L'article premier des Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique présume que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par une instance juridictionnelle compétente, indépendante et impartiale, établie par la loi, qui décidera soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations* ».

Pour avoir un procès équitable, on a besoin de cinq piliers : le juge, le parquet, l'avocat, le greffier et le lieu. Presque tous les pays du monde adhèrent à ces principes.

En ce qui concerne le juge, il n'était au départ que cet étudiant en droit qui portait ses livres et allait chercher la notion de droit et justice. Il pensait alors à l'impartialité, à la compétence, à la justice équitable. Pendant ces années d'études, la faculté de droit ne lui donnait que les idées générales, les définitions, les théories et un peu de pratique. Quelques étudiants allaient visiter des tribunaux, pour entendre peut-être des plaidoiries talentueuses faites par des avocats talentueux, et ils se demandaient que font les juges, pourquoi ne parlent-ils pas autant que les avocats ou le parquet ? Pourquoi ne lit-on aucune expression sur leur visage ? Est-ce qu'ils entendent vraiment ces plaidoiries ?

Les facultés de droit ne sont pas faites pour former des juges mais pour produire des licenciés en droit qui ont ces idées générales, ces méthodes de recherche et cette passion intense pour la connaissance. Ce que l'on peut demander alors, c'est si un licencié de droit est prêt à devenir juge. Et dans ce cas je me demande si quatre ans d'études sont vraiment suffisants. À mon avis, nous avons besoin d'une année supplémentaire pour plus de spécialisation et plus de pratique.

Le principe 10 des Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature de l'ONU énonce que « *les personnes sélectionnées pour remplir les fonctions de magistrat doivent être intègres et compétentes et justifier d'une formation et de qualifications juridiques suffisantes* ». S'il est relativement simple de déterminer l'aptitude et les qualifications, il est plus compliqué d'évaluer l'intégrité. La méthode de nomination est importante pour sélectionner les personnes appropriées. Les Principes fondamentaux interdisent toute discrimination, à l'exception de la règle de citoyenneté.

Dans les systèmes de droit romain, la procédure se fonde généralement, du moins en partie, sur les qualifications. Les candidats passent les examens de la magistrature. Même des diplômés récents peuvent être nommés juges, ils débent certes aux degrés de juridiction inférieurs, mais font carrière comme tout autre fonctionnaire.

Dans la pratique, il existe, pour sélectionner les candidats, de nombreuses méthodes. La nomination des juges par un Conseil de la magistrature est généralement une institution de droit romain. Le rôle d'un tel conseil peut différer d'un pays à l'autre. Dans certains pays, il



ne s'occupe que de nomination alors que dans d'autres, il s'occupe également de discipline et de révocation. La question de savoir comment les membres de ces conseils doivent être choisis et nommés appelle diverses réponses. L'idéal semble être un juste milieu faisant appel à la fois à l'institution (les juges) et à la société civile (les professions juridiques et enseignants de droit, par exemple). Ce qu'il faut, essentiellement, c'est éviter la domination d'un quelconque pouvoir ou d'une élite politique. La transparence de la procédure est aussi importante que la composition du conseil. Il faut publier les postes vacants et les antécédents professionnels des candidats.

Cependant, une simple rencontre avec des magistrats formant le Conseil supérieur de la magistrature est-elle suffisante pour choisir un futur juge ? Je pense que dans ce cas-là, c'est vraiment insuffisant, car durant ces quelques minutes il est impossible d'évaluer ses connaissances juridiques, ses connaissances générales, son caractère, sa personnalité, son état moral ainsi que d'autres critères nécessaires. Donc le seul moyen, après avoir accepté son dossier, est de lui faire passer un examen écrit suivi d'un oral et d'une rencontre avec des psychologues, tout ceci pour donner plus de transparence, plus de neutralité, et pour avoir un futur juge bien qualifié et digne de ce poste.

Concernant la formation, l'idée traditionnelle fondée sur le fait qu'un juge en début de carrière puisse être guidé et soutenu par des collègues plus expérimentés n'est plus mise en cause. Les dossiers sont devenus plus nombreux, plus compliqués. S'ajoutent aussi l'apparition de nouvelles méthodes d'apprentissage et de formation comme les écoles de la magistrature qui ont aidé à changer les traditions.

De nombreux pays possèdent ces établissements de formation judiciaire, dont l'emplacement est jugé important pour l'indépendance de la magistrature. La majorité de ces écoles sont administrées par des magistrats, le programme est élaboré et la formation dispensée par les juges eux-mêmes, parfois en partenariat avec des professeurs de droit de l'université. Les programmes varient, certains se concentrent sur la théorie, d'autres sur la pratique, d'autres encore sur la déontologie et sur les problèmes que posent les systèmes en transition. La formation au droit international et aux droits de l'homme est jugée indispensable, en particulier dans les pays en transition ou dans les nouvelles démocraties. Ces pays connaissent souvent un déluge de réformes.

On ne peut donc nier l'intérêt de la formation pour les juges. Cette idée de formation doit dépasser les territoires et devenir un but collectif pour les pays appliquant le droit civil. Ceci doit être appliqué à partir de stages de formation communs, ainsi que d'échanges des enseignants. Je pense qu'au sein de ces réunions annuelles de juristes francophones, on peut faire un pas positif, si cette idée est acceptable par les participants.

La déontologie judiciaire vise l'encadrement de l'activité des juges tant à la cour qu'en société. Malgré son importance, plusieurs pays n'ont pas cette déontologie écrite. Ils ont de fortes coutumes judiciaires qui forment à mon avis une déontologie inédite. Chacune des deux a ses inconvénients. L'écrit peut être plus difficile à changer, tandis que les coutumes



judiciaires changent d'une génération à l'autre, ce qui n'est pas toujours positif. À mon avis, les principes qu'elles contiennent ne diffèrent pas d'un système à l'autre. Il est donc possible encore au sein de ce colloque de commencer à rédiger une déontologie commune qui peut être valable dans nos pays.

Après avoir présenté brièvement les idées essentielles en matière de nomination et formation des juges, il s'agit de mettre en avant l'idée de l'indépendance et l'impartialité.

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

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

L'indépendance des tribunaux découle de l'énoncé du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. La proclamation d'indépendance du pouvoir judiciaire ou de la justice devait alors logiquement signifier non seulement l'indépendance des institutions judiciaires, mais aussi l'indépendance des personnes qui exercent le pouvoir judiciaire ou qui rendent la justice. Les constituants ont cependant parfois choisi de mentionner spécifiquement, outre l'indépendance du pouvoir judiciaire ou de la justice, que les juges ne sont soumis qu'à la Constitution et à la loi. Il est évidemment souhaitable que l'indépendance de la justice soit garantie au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, c'est-à-dire dans la Constitution. Les termes utilisés par celle-ci pour désigner la justice sont évidemment très significatifs de la place qu'elle occupe au sein de l'appareil étatique.

Cette marge inaperçue entre l'indépendance du tribunal et celle du juge peut créer un grand malentendu car un juge peut être indépendant même si le système fait que le tribunal ne l'est pas. Que penser de ce juge qui souffre pour défendre son indépendance et la raison pour laquelle il le fait ? Est-ce à cause des formations qu'il a reçues ou par simple motivation interne ? À mon avis c'est tout d'abord une motivation interne enrichie par une bonne formation. Mais que fait alors un juge consciencieux ? Céderait-il sous les pressions énormes qu'il pourrait affronter ? Aurait-il recours à la démission, ce qui nuirait davantage à sa carrière ?

C'est pourquoi la séparation des pouvoirs se pose comme étant un principe qui devrait être appliqué dans les pays en voie de démocratisation, avec une véritable application ressentie par



les citoyens et surtout les justiciables. Ce sont eux qui déterminent cette marge d'indépendance.

L'impartialité, c'est ce que le justiciable impliqué dans une procédure judiciaire de quelque nature qu'elle soit (civile, commerciale, pénale) attend avant tout de celui qui le juge, c'est-à-dire celui qui va décider au final. Ce qui signifie, pour faire simple, que ce juge soit d'abord à l'écoute de tous les arguments, d'une partie au procès ou d'une autre, ensuite qu'il suive, pour aboutir à sa décision, un raisonnement intellectuel ne laissant pas de place à ses convictions personnelles mais découlant de l'analyse objective des éléments apportés par les uns et par les autres.

Ce qui est demandé aux juges, c'est que leurs opinions personnelles n'interfèrent pas avec l'obligation précitée d'impartialité. Autrement dit, qu'au moment de dire quelle est la solution du litige qui leur est soumis, ou au pénal si la personne est jugée coupable, quelle peine est appropriée par rapport aux faits et à la personnalité des intéressés. Cette décision doit s'appuyer sur les éléments du dossier et ne doit pas être d'abord la conséquence de leurs opinions personnelles.

C'est pourquoi la vision d'un juge neutre, n'ayant aucune préférence politique, est irréaliste. Le juge peut avoir des convictions politiques fortes sans que cela soit en quoi que ce soit un problème dans sa pratique professionnelle quotidienne. Le devoir d'impartialité lui impose seulement de tenir ses convictions à distance au moment de juger l'affaire qui lui est soumise.

Dans certains cas, les opinions personnelles du juge peuvent avoir une certaine influence sur ses décisions. Mais encore faut-il, pour éviter toute ambiguïté, bien comprendre de quoi il est question. Il en va par exemple en matière de divorce et de résidence des enfants. Certains juges, influencés par des professionnels de l'enfance et des psychologues, estiment que les jeunes enfants ont, comparativement, plus besoin de leur mère que de leur père. D'autres, sensibles à des thèses défendues par d'autres professionnels, ont un avis personnel différent. La problématique n'est donc pas celle des opinions éventuellement tranchées du juge sur tel sujet de société mais celle de sa capacité à laisser ses opinions de côté dans son travail judiciaire quotidien.

Le problème se pose surtout en matière pénale où le juge a réellement une vaste marge de manœuvre, non pas sur la culpabilité mais sur la sanction. Il peut arriver qu'un juge pénal, exerçant depuis de nombreuses années, condamne un inculpé à un an de prison. Habitué à l'exercice de sa fonction, ce juge ne percevra peut-être pas la gravité de cette peine. Est-ce que son impartialité serait alors touchée ? Concernant le juge qui ordonne des détentions préventives pour de longues durées, son impartialité serait-elle aussi touchée ? De même, dans le civil, le juge qui renvoie les dossiers pour de longs délais n'affronte-t-il pas le même problème ?



Tous ces cas concernent des juges qui ont été bien sélectionnés pour être nommés, avec une bonne formation, mais au fil des années, leurs réactions professionnelles ont changé. À mon avis, ceci nécessite une formation plus profonde sur la nature humaine.

En conclusion, plusieurs questions se posent. Un juge indépendant ne devrait-il pas être nécessairement impartial ? Impartialité ou indépendance, la justice aurait-elle plus d'intérêt dans l'une que dans l'autre ? Seraient-elles parallèles ? Qui aurait l'avantage sur l'autre ? On peut déduire que c'est le juge qui contrôle le tribunal. Ce dernier est le miroir de son indépendance et de son impartialité. De tout ce qui précède, il apparaît que l'application du droit à un procès équitable au juge n'est pas un simple gadget procédural, mais bien une nécessaire et indispensable exigence de justice.

Mahfod Ali Twati

Professeur de droit à l'université de Zliten (Libye)

Les avocats

La mission de l'avocat, deuxième colonne de la justice – la troisième, si on compte les procureurs – est une mission très importante pour établir un État de droit. J'essaierai dans cette communication de partir du point de vue de plusieurs lois, la loi libyenne et les codes de déontologie français, européen, canadien et roumain, pour voir quelles sont les règles partagées entre les différents systèmes juridiques du monde. On verra aussi quel rôle les avocats et les juristes ont joué dans les événements du Printemps arabe, surtout en Libye.

J'aborderai tout d'abord la définition de la mission de l'avocat. L'avocat est un juriste qui défend ses clients, personnes physiques ou morales, afin de protéger leurs intérêts. Il représente ainsi l'un des piliers les plus importants de la justice, et on peut dire que la justice ne pourrait pas être établie sans l'existence des avocats, car l'avocat joue un rôle essentiel dans la production de la société de droit.

De ce fait, l'article 1 du code de la déontologie des avocats européens, adopté en 1988, dispose que dans une société fondée sur le respect de la justice l'avocat remplit un rôle humain, sa mission ne se limite pas à l'exécution fidèle d'un mandat dans le cadre de la loi. L'avocat doit veiller au respect de l'État de droit et aux intérêts de ceux dont il défend les droits et les libertés. L'article 1 de la loi n°3 de 2014 concernant la profession de l'avocat en Libye, promulguée il y a deux mois, dispose que la mission de l'avocat est une profession libérale et indépendante. De plus elle est l'une des colonnes de la justice par laquelle les droits et les libertés seront protégées. On trouve également dans le Règlement intérieur national de la profession d'avocat en France, l'article 1 § 2 qui dispose que la profession d'avocat est une profession libérale et indépendante quel que soit son mode d'exercice.

Dans cette définition, on trouve aussi un verdict de la Cour européenne des droits de l'homme de 2005, qui énonce que le statut spécifique des avocats les place dans une situation centrale



dans l'administration de la justice, comme intermédiaire entre les justiciables et les tribunaux, ce qui explique les normes de conduite imposées en général aux membres du barreau et qu'au regard du rôle clé des avocats dans ce domaine, on peut attendre d'eux qu'ils contribuent au bon fonctionnement de la justice et ainsi à la confiance du public en celle-ci.

Se fondant sur toutes ces définitions par différentes lois, on pourrait insister sur les faits suivants : l'avocat doit soutenir le respect des règles, ainsi il ne doit pas prononcer des paroles ou publier des écrits contraires aux lois, mais il doit toutefois pouvoir par des moyens légitimes critiquer des règles de droit. En Libye, on voit des avocats passer à la télévision, non pas pour critiquer les lois mais pour s'en prendre au pouvoir judiciaire. Il importe encore de faire la distinction entre la liberté de parole et d'expression de l'avocat en dehors du palais de justice, ou quand il agit en tant que simple citoyen, et sa liberté dans les salles d'audience, où il peut invoquer l'immunité de plaidoirie.

L'avocat ne peut subordonner ses activités professionnelles aux pressions exercées sur lui, car *« la liberté des avocats d'exercer leur profession sans entraves est un des éléments essentiels de toute société démocratique et une condition préalable à l'application effective de la Convention, en particulier la garantie d'un procès équitable et le droit à la sécurité personnelle »*. En revanche, l'avocat ne peut utiliser sa relation d'autorité à l'égard d'un autre avocat pour l'amener à contrevenir aux règles. Enfin, l'avocat doit servir la justice, il ne peut pas agir de manière à porter préjudice à l'administration.

Dans ces trois obligations, on peut voir que l'avocat doit respecter des règles, respecter ses devoirs envers les clients, les tribunaux et sa propre profession. Pour garantir l'indépendance de l'avocat, la loi libyenne n°3 de 2014 interdit aux avocats d'exercer les fonctions de ministre, président ou membre du pouvoir législatif et des conseils locaux, d'être fonctionnaire de l'État à l'exception des professeurs d'université et des avocats « populaires », c'est-à-dire les avocats qui sont salariés par l'État, de présider des conseils d'administration de sociétés, d'exercer le commerce ou toute autre profession qui ne correspond pas à la dignité et au prestige de l'avocat. Mais ceci est la théorie, et il y a toujours des choses contradictoires avec les textes, certains avocats ne les regardent pas toujours...

Comment faire la distinction entre la vie privée et la vie professionnelle de l'avocat ? Pour moi, la mission de l'avocat ne doit pas être une fonction alimentaire, elle a un sens plus large, c'est une profession humanitaire. Le premier devoir de l'avocat est envers ses clients, avec des missions traditionnelles qui sont de : représenter ses clients devant les juridictions afin de les défendre et plaider pour garantir leurs devoirs et libertés ; les assister lors de négociations afin de trouver une solution ou un arrangement amiable à leurs difficultés – personnellement, je préfère toujours que l'avocat cherche des solutions amiables avant d'aller devant la justice, sauf dans les cas de crimes ; informer son client lors d'une consultation sur ses droits et ses devoirs et lui donner des conseils.

Permettez-moi ici de faire une remarque, je connais des avocats qui, malheureusement, travaillent surtout avec des hommes qui ont de l'argent, qui leur donnent des conseils pour violer la loi, pour des fraudes fiscales, pour des blanchiments d'argent, pour gagner un contrat



de telle ou telle manière. À mon avis, le principal criminel dans ce cas c'est l'avocat qui donne le conseil pour violer la loi. Dans tous les codes de déontologie, on trouve des règles théoriques, mais donner des textes ne suffit pas, il faut voir la réalité des problèmes et trouver des solutions.

Les activités liées à la mission de l'avocat prennent naissance dans des contrats écrits d'assistance juridique ou lorsqu'il a été désigné à cette fin pour une autorité compétente. Parfois il y aura donc un contrat entre les clients et les avocats privés, et parfois l'avocat sera nommé par une autorité judiciaire compétente.

Deux principes doivent cependant être pris en compte : l'avocat, en principe, doit accepter d'agir pour un client quelle que soit son opinion sur sa culpabilité ou sa responsabilité, mais il est libre de refuser un mandat dans les cas suivants, que l'on trouve pour la plupart dans les codes de déontologie européen, du Québec, de la Roumanie, du Niger, des pays arabes :

L'avocat doit refuser le dossier lorsqu'il se trouve dans un cas d'incompatibilité. Il doit refuser le dossier lorsque cela susciterait un conflit d'intérêt. L'avocat peut être en conflit d'intérêt dans les cas suivants : lorsqu'il agit pour des clients ayant des intérêts opposés ; lorsqu'il agit pour des clients dont les intérêts sont de nature telle qu'il peut être porté à préférer certains d'entre eux ou que son jugement ou sa loyauté peut en être défavorablement affectée ; lorsqu'il existe un risque sérieux que son intérêt personnel puisse nuire à ses devoirs envers son client. L'avocat ne doit personnellement agir dans un litige s'il sait qu'il est évident qu'il sera appelé comme témoin. L'avocat ne doit pas accepter d'exercer ses missions relativement à une affaire dans laquelle lui-même a exercé des fonctions de juge ou de membre d'un tribunal.

Autre élément important, la confidentialité. L'avocat est contraint au strict secret concernant les informations qu'il est susceptible de connaître dans ses relations avec son client, il doit prendre tous les moyens nécessaires et raisonnables pour assurer la protection des informations obtenues. Le code de la déontologie des avocats européens précise ainsi que l'avocat ne peut accepter l'affaire d'un nouveau client si le secret des informations données par un ancien client risque d'être violé, ou lorsque la connaissance par l'avocat des affaires de l'ancien client favorise le nouveau client de façon injustifiée.

L'avocat doit également respecter l'administration de la justice. L'article 11 du statut de la profession d'avocat de la Roumanie dispose que dans les rapports avec les instances judiciaires et le ministère public, avec les autres autorités et institutions publiques, avec les personnes morales et physiques qu'il rencontre, l'avocat doit avoir un comportement digne, civilisé et loyal. Sinon il sera sanctionné ou condamné.

Une décision de la Cour européenne des droits de l'homme de 2002 est à cet égard très importante : elle dit que *« ce n'est qu'exceptionnellement qu'une limite touchant à la liberté d'expression de l'avocat de la défense, même au moyen d'une sanction pénale légère, peut passer pour nécessaire dans une société démocratique »*. Dans une société démocratique, il



faut avoir un avocat indépendant et libéral. Mais quelquefois, exceptionnellement, il faut une condamnation pour garantir le respect de l'administration de la justice.

Enfin, il y a le respect de l'avocat envers sa mission. Le devoir de l'avocat envers sa profession l'oblige à contribuer à préserver l'honneur et la dignité de celle-ci. De plus, l'avocat doit sauvegarder par tous les moyens légitimes les caractères spécifiques de sa mission en respectant l'indépendance, la liberté ainsi que l'éthique traditionnelle de cette mission qu'on peut considérer comme une profession humaniste voire humanitaire.

En conclusion, je voudrais dire que ça me touche beaucoup de voir que des avocats ont perdu la vie pour la liberté du peuple libyen au moment du Printemps arabe. Je me souviens d'Abdessalem al-Mesmari à Benghazi, qui a été tué par des terroristes en sortant de la mosquée après la prière du vendredi pour avoir demandé la liberté à l'époque de la révolution. C'était la première personne qui a lu la déclaration de la révolution à Benghazi. Il a demandé une enquête contre la corruption administrative, financière et politique, et il a été assassiné.

Dans tous les pays qui ont connu le Printemps arabe, les juristes ont joué un rôle très important. Je me souviens bien de la révolution tunisienne, ça a commencé à Sidi Bouzid, mais avant le 14 janvier, les juristes ont manifesté à Tunis et ont enflammé le peuple tunisien. En Tunisie, si vous avez Mohamed Bouazizi, en Libye on a Fathi Terbil, avocat des familles des victimes de la prison d'Abou Salim où 1200 personnes ont été tuées en une demi-heure à l'époque de Kadhafi. Il a été fait prisonnier le 15 février, les familles des victimes ont réclamé sa libération, et la révolution a commencé...

On parle depuis hier des textes, de la justice, du procès équitable, j'ai fait moi aussi une communication théorique, mais je pense qu'on ne peut pas parler de procès équitable sans parler de sécurité, et en Libye, en Tunisie, en Égypte, on connaît bien le sens de ce mot. Je vous donnerai quelques noms :

Abdelaziz al-Hasadi, ancien procureur général de la Libye, assassiné il y a quinze jours ; Mohamed Ibrahim Houidi, magistrat à la cour d'appel de Derna, assassiné il y a six mois ; un autre magistrat assassiné il y a deux mois à Benghazi ; Abdessalem al-Mesmari dont j'ai raconté l'histoire ; la tentative d'assassinat contre l'avocat Mohamed Toumi à Tripoli avant les élections du comité constituant ; l'assassinat d'un magistrat à Tripoli il y a un an et demi ; l'assassinat d'un procureur à Zliten ; l'enlèvement d'un magistrat de la salle d'audience, au moment où il devait prononcer son jugement ; et dernièrement, l'agression contre un juge de la Cour de cassation de première instance à Zliten, parce qu'il a jugé que des personnes emprisonnées à l'époque de Kadhafi devaient recevoir 1000 dinars chacune...

Je ne parle pas seulement au nom des Libyens, je souhaite que des colloques internationaux comme celui-là permettent d'évoquer la réalité plutôt que des textes qui restent toujours théoriques et de chercher des solutions justes. Le sens de la mission de l'avocat, c'est de défendre son peuple, les riches et les pauvres, les forts et les faibles, les intellectuels et les ignorants, c'est quelque chose d'humanitaire.



Débat

Q: Est-ce qu'il n'y a pas une contradiction entre, d'une part, le postulat que le magistrat du parquet doit être un magistrat aligné sur les magistrats du siège, et d'autre part, que le parquet devient une partie, au même plan que l'avocat, qui est la partie publique ?

Q : Dans la loi libyenne de 2014, est-ce qu'un professeur de droit peut pratiquer la fonction d'avocat, ce qui était interdit par l'ancienne loi ?

Q : Partagez-vous mon idée d'un ministère public indépendant à l'égard du pouvoir judiciaire, du moment où il est une partie poursuivante, c'est-à-dire qui n'est pas indépendante à l'égard des parties, et du moment où le membre du parquet ne prononce pas un jugement dans un litige qui lui a été exposé ? Vu aussi les décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme, le ministère public est-il un organe indépendant, que ce soit à l'égard du pouvoir judiciaire ou à l'égard du pouvoir exécutif ? Le ministère public doit prendre le même écart de distance à l'égard du pouvoir. On ne peut parler ensuite d'autonomie si les juges ne peuvent disposer d'une indépendance pour ce qui est de leur budget et de leur gestion interne. Enfin, l'Égypte a connu une transition politique comme la Tunisie, est-ce que la confiance du public, du barreau, des plaideurs, dans l'impartialité du juge égyptien et de l'appareil judiciaire égyptien aujourd'hui a augmenté ou diminué ?

Q : L'alternative à la poursuite du « rappel à la loi » en France interdit-elle au justiciable et plus particulièrement à la victime de recourir à la justice ? Est-ce que c'est une manière de renforcer le pouvoir d'opportunité que détient le ministère public qui peut poursuivre ou classer l'affaire selon la gravité de l'acte et le trouble qu'il a provoqué à la société ? Au Maroc, le ministère public peut recourir à une alternative nouvelle dans le code de procédure pénale de 2002, appelée « transaction pénale ». Elle est autorisée pour les infractions dont la sanction ne dépasse pas deux années. Cela a été critiqué par plusieurs juristes parce que ça permet au procureur de s'immiscer dans les affaires du juge du siège, c'est-à-dire de trancher. Je ne partage pas cet avis, je voulais donc connaître votre opinion. L'alternative de transaction pénale existe-t-elle en France et dans quel cas ? Concernant l'accès à la profession de juge aux femmes, pourquoi jusqu'à une certaine période il n'était pas permis aux femmes d'accéder au métier de juge en Libye ? D'autre part, pourquoi n'y a-t-il pas de formation de magistrat en Libye ?

Q : Je ne suis pas d'accord avec Mahfod Ali Twati concernant les affaires que l'avocat peut refuser, parce que normalement un avocat ne refuse pas une prestation, une demande, il peut au minimum donner des conseils ou dire s'il s'agit d'une violation de certaines lois par exemple. D'autre part, vous n'avez pas parlé du rôle de l'avocat à travers l'aide juridictionnelle, qui est un élément très important. L'assistance judiciaire est l'objet d'un débat au Maroc maintenant. L'avocat en tant qu'acteur central du procès équitable est toujours présent dans toutes les affaires, notamment en matière de justice des mineurs. Au Maroc, les avocats ne sont pas dédommagés à cause de l'absence de budget de l'État, et



parfois c'est l'avocat qui prend en charge tous les frais du dossier, les copies, les déplacements, les visites au client dans l'établissement pénitentiaire. Le procès équitable se trouve ainsi malmené en raison de l'absence d'engagement de la part de l'État qui pourtant prévoit l'aide juridictionnelle. Récemment au Maroc, le ministère de la Justice a entamé des négociations avec l'association des avocats qui avait fait grève pour dénoncer cette situation préjudiciable à la justice et aux droits des citoyens. En Libye, quel est le rôle de l'avocat dans cette situation ? Quand on parle du procès équitable, on parle aussi des acteurs de ce procès. Et comment peut-on parler de procès équitable dans un cadre démocratique si cela ne comprend pas la participation des femmes ? L'absence de femmes juges est une discrimination. Pourquoi n'y a-t-il pas de femmes juges en Égypte ?

Q : Concernant la nomination des juges en Égypte, elle n'a pas un cadre très transparent. J'aimerais connaître vos propositions pour des nominations qui soient plus transparentes et fondées sur le mérite. En Égypte, il n'y a pas de concours pour la fonction publique sauf pour le ministère des Affaires étrangères. Proposeriez-vous aussi un concours pour les juges ? Je crois que ça rejoint également la question sur les femmes, parce que s'il y avait un cadre de concours transparent, ce ne serait plus une question de femmes et d'hommes, mais de mérite. En outre, en Égypte il y a un certain quota pour les fils de juges, cette question n'est pas officieuse, elle est même officielle, cela pose question, parce qu'il y a une école qui défend l'idée que les fils de juges peuvent accéder à la fonction de juge par le fait qu'ils sont formés dans un cadre familial qui leur permet une certaine prospérité intellectuelle dans ce domaine, et une autre qui dit que tout doit être mis sur la table et être transparent, qu'il faut une égalité dans le mérite.

On a aussi en Égypte un cadre très spécial qui est l'autorité du contentieux de l'État. Ce sont les avocats de l'État mais qui ont un statut *sui generis*, parce qu'ils profitent du statut des magistrats, mais ils n'ont aucune fonction de magistrat. Je comprends bien que ces privilèges peuvent être là pour les protéger, mais est-ce qu'on ne pourrait pas faire ça sans les considérer comme formant une entité commune avec les magistrats, ce qui pourrait être une atteinte à la vision des magistrats et au propre statut de cette autorité ?

Q : Pour que le juge soit impartial, il faut qu'il se débarrasse de tous ses préjugés, en revanche si l'on veut avoir des juges sans préjugés, il convient de remplacer les juges humains par des machines. Comment peut-on alors rétablir l'équilibre, est-ce qu'il y a une recette d'impartialité ou doit-on traiter la question de l'impartialité au cas par cas ?

Q : Les alternatives aux poursuites ne portent-elles pas atteinte au procès équitable ?

Q : J'aimerais savoir comment vous accueillerez une disposition constitutionnelle marocaine qui intéresse les magistrats du parquet, à savoir l'article 110 dans son second alinéa, qui dispose que les magistrats sont tenus à l'application de la loi et doivent se conformer aux instructions écrites conformes à la loi émanant de l'autorité hiérarchique. Au Maroc, une grande majorité des magistrats du parquet continuent de revendiquer une autonomie et une indépendance encore plus grandes vis-à-vis de l'exécutif. La lettre du texte est clair, « se



conformer aux instructions écrites », j'imagine mal quelqu'un donner des instructions écrites, en laissant des preuves, pour essayer d'influencer le cours des choses. J'espère qu'il s'agit de l'application des politiques pénales telles qu'elles sont établies par le pouvoir exécutif. Pensez-vous que ces dispositions satisfont à une revendication d'indépendance, d'autant plus que dans le premier alinéa, il est question des magistrats du siège, qui sont traités sur un même pied d'égalité ?

Q : En ce qui concerne le sujet de l'indépendance, est-ce que le problème de l'équité et de l'impartialité des juges se pose seulement sur la formation et sur les constructions judiciaires modernes, ou est-ce qu'il faut prendre également en compte la qualité des services offerts aux parties dans les tribunaux, comme la facilité d'accès aux informations ? Autre question : qui est chargé des droits des juges ? Pour assurer un juge sain et sauf, résoudre ses problèmes sociaux, moraux, financiers, pour assurer son indépendance ?

Q : Ma question concerne l'aspect de la connaissance du droit et de la jurisprudence. Je sais qu'en Algérie il y a actuellement un programme européen sur une base documentaire de jurisprudence et de doctrine. Existe-t-il en Libye et en Égypte des revues de jurisprudence, une sorte de base documentaire ou une revue mensuelle qui permet notamment à tous les acteurs, avocats, procureurs, juges, de connaître l'état d'une jurisprudence sur un problème donné ?

Bernard Lavigne : Concernant les alternatives aux poursuites, le « rappel à la loi » est une des possibilités offertes par la loi de façon à ce qu'une partie du contentieux et des flux d'affaires ne soient pas présentées devant les juges pour éviter à ceux-ci d'être complètement saturés de procédures, mais cela ne signifie pas la fin des poursuites. On peut ensuite à l'issue d'une alternative récupérer le dossier, le réintégrer dans la voie procédurale et l'ajouter même à d'autres charges qui ont pu être recueillies par la suite contre la personne contre laquelle initialement on avait simplement envisagé ces alternatives aux poursuites.

Lorsqu'il y a une victime, on a également mis en place des mesures comme la médiation devant le délégué du procureur qui peut obtenir de la personne mise en cause qu'elle indemnise la victime du montant de ce qui aura été prévu par le procureur au moment de son choix de poursuite. Et du même coup cela permet, si le délégué du procureur confirme que la personne a bien indemnisé, que la procédure soit transmise et classée, quitte à ce qu'elle puisse être réinjectée dans la procédure, dès lors que le délégué du procureur va constater que la mesure n'a pas été suffisamment exécutée.

C'est le cas par exemple lorsqu'un individu n'a pas payé ses factures d'électricité depuis un certain temps. Lorsque la compagnie d'électricité porte plainte, elle a la possibilité de bénéficier de cette présentation devant le délégué du procureur. Le délégué va effectuer une sorte de travail de cession de créance, il va essayer de récupérer au mieux la dette que le mis en cause a cumulé à l'encontre de la compagnie.

Cela concerne des procédures plutôt particulières, mais également toute personne dont c'est la première fois qu'elle a affaire à la justice, je pense par exemple à des jeunes majeurs



interpellés dans des magasins en train de voler. On considère que, plutôt que de les présenter devant un tribunal, en sachant que cette présentation aura lieu, à l'heure actuelle par exemple à Toulouse, d'ici un an voire un an et demi, puisque les dates d'audience sont envisagées dans 18 mois pour certains délits, il vaut peut-être mieux qu'ils soient présentés devant un délégué du procureur ou un officier de police judiciaire, de façon à ce qu'ils aient un sermon assez ferme sur ce qu'ils ont fait, et surtout sur le fait que s'ils récidivent, ce qu'ils ont fait pourra être ajouté à ce qu'ils pourront avoir fait par la suite.

Le rappel à la loi est donc une mesure qui fonctionne, mais effectivement dès lors qu'il n'y a pas de victime trop visible. La médiation en revanche fonctionne par exemple dans les violences conjugales. Lorsqu'il y a violence manifeste, et que la personne ne veut pas déposer plainte ou refuse de faire constater l'état de ses blessures par un médecin, à ce moment-là on essaie d'envisager des mesures de suivi à travers la médiation qui permet à des associations sous contrôle du procureur de convoquer les parties et d'essayer de jouer le rôle de médiateur pour mieux comprendre les difficultés du couple et éventuellement saisir en urgence le procureur, au cas où d'autres violences seraient commises.

Les alternatives à ces poursuites viennent-elles en contradiction avec les éléments du procès équitable ? Je pense que oui dans une certaine mesure, sur certaines parties du procès équitable, puisque le fait d'être présenté devant un juge dans ces cas-là n'est pas la réalité dans la mesure où cela se fait sous le contrôle du procureur, sauf qu'un des éléments du procès équitable qui me paraît fondamental, c'est le droit à un délai raisonnable.

S'il s'agit de transférer tout ce contentieux dans des audiences qui vont retarder encore plus leur jugement, ni les victimes ni les mis en cause n'y trouvent leur compte. On viendrait en violation des obligations principales du procès équitable. La possibilité de cette opportunité des poursuites, qui semble exister également au Maroc, me paraît offrir des alternatives tout à fait régulières, ou en tout cas conformes à ce qu'on est en droit d'attendre des règles du procès équitable.

Concernant la question plus large du statut et de l'indépendance du procureur en France, il y a effectivement une contradiction dans ce que j'ai dit, parce qu'on vit une époque dans laquelle le ministère public devient un peu schizophrène. On nous renvoie l'image d'une institution qui doit être indépendante, non seulement du pouvoir exécutif mais également du reste du pouvoir judiciaire, et on a été éduqué dans une culture qui semblait nous dire que nous faisons partie de ce même corps judiciaire. Cette schizophrénie est réelle et on doit y mettre un terme.

J'ai eu la chance de travailler dans des institutions internationales et notamment au bureau du procureur de la Cour pénale internationale, et à ce titre j'ai bien vu ce que pourrait devenir un jour le parquet en France, quoiqu'il en pense – la plupart de mes collègues sont hostiles à cette modification, parce qu'eux-mêmes souhaitent réintégrer le siège et n'ont pas l'intention de changer leur statut. Personnellement, je vivrais correctement dans un monde où nous aurions un procureur général de la nation qui serait élu ou désigné de la manière la plus



transparente possible par les autorités politiques, de façon à ce qu'il ait une légitimité qui permette de construire un parquet indépendant du pouvoir politique et du pouvoir judiciaire. Un parquet qui aurait le monopole de la poursuite, qui aurait la capacité d'enquêter sous le contrôle par exemple du juge des libertés et de la détention, ce qui est déjà le cas dans la plupart de nos enquêtes, et ce qui entraînerait donc évidemment la disparition du juge d'instruction qui n'aurait plus aucune raison d'être. Il y aurait donc une distinction claire entre les fonctions d'enquêtes et de poursuites, qui me paraissent tout aussi remarquables que les fonctions de jugement. C'est peut-être là aussi le vrai problème d'un certain nombre de procureurs, ils auraient le sentiment d'y perdre en considération sociale.

Parce que dans les pays qui semblent s'inspirer de ce régime, les pays anglo-saxons notamment, le juge est fondamentalement important voire quasiment divin, tandis que le procureur n'est qu'un salarié de la ville ou de l'État, comme aux États-Unis par exemple, c'est un avocat comme un autre qui est simplement payé par une collectivité pour la représenter au procès. Cette crainte de perdre son statut social est réelle et pourrait justifier cette réserve. Mais à titre personnel, je pourrais tout à fait vivre avec cette idée de parquet indépendant.

Essam Farag : Concernant la confiance dans la magistrature en Égypte, le grand problème c'est qu'après la révolution du 25 janvier, on est devenus 90 millions de magistrats et d'avocats. Un ingénieur maintenant peut donner son avis juridique, c'est vraiment ça le problème maintenant. Je ne suis pas contre, c'est normal après une révolution, les gens changent. On a tous entendu ce jugement record il y a deux jours, 529 peines de mort, et sur les réseaux sociaux en Égypte, il y a beaucoup de gens qui sont pour et beaucoup de gens qui sont contre. Je n'ai pas de statistiques, mais comme juge, j'ai l'impression que la confiance a diminué.

Sur l'absence des juges femmes, il y a 35 juges femmes sur 17 000 magistrats en Égypte, c'est un début... Mais je pense que c'est lié à l'histoire, à l'esprit, aux coutumes qui sont très fortes en Égypte, malgré qu'on ait la Cour de cassation la plus ancienne du Moyen Orient. Ces femmes ont été nommées juges mais la majorité travaille dans des cours commerciales, aucune n'est à la Cour de cassation, on espère que cela changera. Est-ce qu'avec les concours, il y aura plus de femmes juges ? S'il y a des concours écrits et oraux, elles peuvent passer l'écrit mais si on ne veut pas qu'elles passent l'oral, elles ne le passeront pas.

Au sujet de la transparence, je suis en faveur d'un concours. Ce qui se passe n'est pas transparent du tout, cet entretien avec le Conseil supérieur de la magistrature qui dure quelques minutes et au cours duquel on décide sur dossier et sur les réponses aux questions. Je me rappelle quand j'ai passé cet entretien, il y a 23 ans, avec le président de la Cour de cassation et le Procureur général, avant même de m'asseoir, ils m'ont posé une question et je n'ai pas su répondre, mais je me souviens bien d'une deuxième question à laquelle j'ai su répondre, et le Procureur m'a dit ça suffit. J'avais de bonnes notions mais je ne pense pas que c'était suffisant, il doit y avoir un concours écrit et oral, et des rencontres avec des psychologues.



Concernant les fils de juges, la loi a changé en 2007, avant cela les fils des juges étaient nommés même avec la mention passable, depuis 2007 il faut la mention bien, donc ils sont comme les autres, s'ils n'ont pas la mention bien, ils ne peuvent pas entrer, et je connais beaucoup de fils de magistrats qui n'ont pas été admis.

Concernant l'impartialité, je suis convaincu qu'il s'agit d'une chose interne. Je vais vous raconter une histoire que j'ai vécue il y a dix ans, lors d'un colloque en Égypte en 2006 où j'ai rencontré un magistrat qui m'a raconté son histoire. Lui et ses deux collègues étaient dans une chambre civile dans un pays que je ne peux pas citer, le président de la République leur a demandé de donner tel jugement, ils ont fait le contraire. Deux ont été exécutés, lui s'est enfui en Égypte, je ne le croyais pas, il m'a montré un CD, j'ai vu comment ils ont été humiliés avant l'exécution et tout ce qu'ils ont subi.

Pourquoi ont-ils fait cela ? Tout simplement parce qu'ils croyaient vraiment à l'impartialité, qu'ils étaient de vrais juges. C'est pourquoi je pense que l'impartialité est une chose interne enrichie par une bonne formation, surtout avec des psychologues, et qui varie d'un juge à l'autre.

Qui est chargé des droits du juge ? Pour moi c'est le Conseil supérieur de la magistrature. Mais il ne va pas le faire tout seul, il ne va pas prendre l'initiative, il doit y avoir des juges qui poussent pour leurs droits, qui poussent pour leur intégrité et leur impartialité.

Au sein de la Cour de cassation égyptienne, on a une revue mensuelle qui recense les grands arrêts de la Cour, mais c'est seulement pour les magistrats de la Cour, ce n'est pas pour le public, mais il y a un site ouvert au public où on peut commencer à lire des choses.

Mahfod Ali Twati : La loi libyenne de 2014 prévoit que les professeurs associés peuvent exercer le métier d'avocat. Cela a sans doute été prévu pour encourager les candidatures, mais aussi pour qualifier le mérite du droit par des professeurs universitaires et améliorer la qualité des avocats. Il faut savoir que pour être un avocat en Libye, il suffit de travailler deux ans avec un avocat, vous ouvrez un bureau et vous commencez à travailler.

Concernant les femmes juges en Libye, je sais bien que ce n'est pas beaucoup, mais il y a cinq femmes à la Cour suprême, et aussi quelques procureurs. Quand j'étais en master à l'université, il y avait deux femmes avec moi. Il y a bien sûr des difficultés, comme par exemple dans la ville où j'habite, il y a toujours la même question des coutumes, des cultures. Les femmes terminent leurs études, mais pour être procureur, c'est difficile dans certaines villes et ce n'est pas lié au droit. Pour changer la mentalité, les coutumes, même en France cela a pris du temps après la révolution et jusqu'à la Cinquième République. Le changement vient doucement, vous ne pouvez pas demander un changement aussi rapide, en une année. C'est peut-être notre problème dans les pays du Printemps arabe, on veut la démocratie, aujourd'hui et maintenant, mais comment, on ne sait pas.



Pour la formation des juges, on a l'Institut supérieur de la magistrature. Il y a aussi eu cette modification, les gens qui ont une licence en droit peuvent maintenant être nommés comme fonctionnaires, ils restent au parquet pendant deux ans avec un procureur qui va faire un rapport, puis ils passent un concours et sont nommés comme magistrats du parquet ou procureurs.

Si on parle de droit, le refus par l'avocat d'un dossier ou d'une demande dans tel cas, c'est le texte qui le dit, c'est le code de déontologie européen, du Québec, de la Roumanie. S'il y a le texte, et si vous ne refusez pas, vous violez le code de la déontologie. Comme on dit en arabe, « *il ne faut pas interpréter si le texte est là* ».

Sur la confidentialité par exemple, l'article 3 du code européen de déontologie des avocats protège les informations des clients. Dans cet article, il est dit que « *l'avocat ne peut accepter l'affaire d'un nouveau client si le secret des informations données par un ancien client risque d'être violé ou lorsque la connaissance par l'avocat des affaires de l'ancien client favorise le nouveau client de façon injustifiée* ».

Nous sommes des êtres humains, je connais peut-être des informations et je peux les utiliser contre un autre client, c'est pourquoi il faut refuser, même de donner un conseil, car vous allez forcément vous fonder sur des informations anciennes, et donc cela viole la confidentialité.

En Libye, on a un système qui prévoit qu'un client qui n'a pas d'argent peut demander au juge l'aide juridictionnelle, et dans ce cas c'est possible si l'avocat est un avocat fonctionnaire qui prend son salaire de l'État, sinon c'est un avocat privé et il doit régler les frais.

En Libye, on a chaque année une revue dans laquelle il y a toutes les décisions de la Cour suprême et depuis 2005, un CD qui comprend toutes les jurisprudences depuis la création de la Cour suprême, dont les décisions, en Libye, ont vertu de loi.

Deuxième table ronde : comment mettre en œuvre une réforme ?

Nizar Saghie

Avocat au barreau de Beyrouth, co-fondateur de l'ONG Legal Agenda (Liban)

La hiérarchie judiciaire et la liberté d'expression des juges

Je crois que le problème essentiel aujourd'hui dans la justice libanaise et la justice arabe en général, c'est la hiérarchie à l'intérieur de la justice, et comment ce rapport hiérarchique reflète les rapports de puissance, de pouvoir, qui mettent en danger l'indépendance tout court. Je vais expliquer cela dans une première partie consacrée à l'état des lieux officiels des systèmes arabes avec des exemples bien précis. Je parlerai ensuite des tentatives, des mouvements ayant pour finalité de changer l'environnement professionnel des juges dans le



monde arabe, et qui, pour moi, sont des tentatives qui permettent de concevoir qu'un jour on pourrait avoir une réelle indépendance au sein de la justice dans nos pays.

Pour décrire le schéma officiel, je crois que la hiérarchie on la trouve partout au sein de la justice, que ce soit au niveau de l'organisation judiciaire, avec le Conseil supérieur de la magistrature ou bien au sein même des tribunaux. Le Conseil supérieur de la magistrature est conçu pour être le bouclier de la justice face au pouvoir mais en réalité dans beaucoup de pays il devient le bras du pouvoir à l'intérieur de la justice.

Ses membres sont en majorité nommés par le pouvoir exécutif directement ou indirectement, ou bien comme c'est le cas en Égypte, parmi les magistrats qui ont le plus d'ancienneté. C'est donc un système qui est basé sur cette tradition des hauts magistrats, dont l'ancienneté n'est jamais remise en cause, et cela crée une autre forme de hiérarchie.

Par contre, les juges ont très peu de droits et de libertés. Quels sont les pays qui reconnaissent le principe de l'inamovibilité dans les pays arabes ? La Tunisie vient de le reconnaître, en Égypte ils ont un système particulier, au Liban, ce n'est même pas présent dans les débats, personne n'en parle mais tout le monde sait que c'est ça le problème véritable, lorsque les juges n'ont pas de garanties.

Sur le plan des libertés, parlons de liberté d'association, de liberté d'expression. Bien sûr ces deux libertés ont connu de très belles avancées depuis 2011, notamment au Maroc, en Tunisie, au Yémen, mais par contre dans d'autres pays, cela reste un tabou. Par exemple au Liban, l'obligation de réserve continue d'être une notion sacro-sainte que personne ne doit remettre en cause, les juges ne doivent pas s'associer sinon ce serait remettre en cause la position du Conseil supérieur de la magistrature et ressenti comme une provocation.

Dans un climat comme cela, il y a d'un côté une hiérarchie, de l'autre les juges ne sont pas protégés par le Conseil supérieur de la magistrature, donc les réformes consistant à augmenter les compétences de celui-ci deviennent non pertinentes, puisque de toute façon le pouvoir est là, au sein du Conseil. Donc pourquoi faire autant de discussions sur les compétences ? Qu'elles soient aux mains du ministère de la Justice ou du Conseil supérieur de la magistrature, est-ce que ça change réellement la situation ?

La composition, l'élection, sont très peu discutées. En Égypte, ils ont résolu cela dans plusieurs lois, ils ont écarté le principe de l'élection pour maintenir le principe de l'ancienneté, pour eux il faut toujours respecter les plus anciens.

Au sein de la Cour de cassation, c'est presque pareil, dans plusieurs pays, notamment en Égypte, au Maroc, en Tunisie où des délégations ont été faites au président de l'assemblée générale de la Cour pour qu'il puisse prendre des décisions tout seul, ce qui confortait la hiérarchie au sein de la justice alors que les magistrats voulaient plus de délibération, plus de partage des responsabilités. Depuis 2005 en Égypte et même en Tunisie, on parle de



l'importance de démocratiser les assemblées générales de la Cour. Au Maroc, c'est un débat qui est toujours en cours, avec de nombreuses vicissitudes.

Au Liban, il n'y a même pas d'assemblée générale, c'est juste le président de la Cour qui décide de tout. On a voulu faire une petite réforme – et le Conseil supérieur de la magistrature considère cela comme une réforme extraordinaire –, avec la création d'un comité consultatif pour le président de la Cour, composé de trois juges élus par catégorie (appel, présidents de chambre, juges uniques etc.), dont un par le Conseil supérieur de la magistrature, ce qui fait que l'élection n'est pas tellement démocratique pour le citoyen normal.

De toutes les façons, les compétences de cette commission restent très minimales, elles sont consultatives et le président n'est pas obligé de la consulter sur tous les sujets. C'était une petite avancée pour répondre à beaucoup de remous au sein de la justice et pour freiner les revendications d'association de la part des juges.

Si la hiérarchie, la puissance existent au sein de l'organisation judiciaire, il est normal qu'elles se reflètent dans le procès et dans la façon dont le procès est dirigé par le juge, on le voit lorsqu'on évalue le travail de la justice. Nous travaillons par exemple énormément sur la façon dont les magistrats jugent un homme influent et dont ils jugent des personnes marginalisées. Nous sommes plusieurs fois arrivés à la conclusion que l'évaluation des faits et même l'interprétation du droit sont très souvent fonction de la puissance d'un des justiciables.

Si on est dans le cas d'un juge d'investigation qui doit prendre un acte d'accusation contre un homme puissant, il cherchera à avoir beaucoup de preuves contre lui, sinon il fera un non-lieu, alors que si c'est un travailleur domestique, un réfugié ou un homme qui n'a pas tellement de capacités, il est très facile de faire un acte d'accusation. Cela démontre que cette relation de puissance au sein du travail du juge est extrêmement présente, puisque les puissants étant en relation avec le sommet de la hiérarchie, ils le sont bien sûr dans le travail de la justice.

Il faut aussi parler de l'intrusion, très importante, au sein de la justice libanaise. On a parlé de cela en Tunisie, l'intervention des plus puissants dans le travail arrivait tous les jours, c'était la règle à l'époque de Ben Ali. Mais si on demande à n'importe quel juge libanais s'il y a des gens qui les appellent pour leur demander des faveurs, ils vous diront tous oui, et qu'il y en a beaucoup. L'intrusion est un délit, tous les juges en font l'objet dans leur travail, pourtant il n'y a aucune poursuite par le ministère public contre ce phénomène social. On continue de marginaliser cette autre grande maladie de la justice libanaise et de plusieurs autres pays comme si ce n'était pas un vrai problème. Il y a eu bien sûr des tentatives, on a commencé à dénoncer des intrusions, notamment au Maroc avec la naissance des observatoires, mais cela continue d'exprimer le poids de la puissance au sein de la justice.

Il est normal qu'à partir de là, il y ait des présomptions, par exemple lorsque le Conseil supérieur de la magistrature est assimilé au pouvoir judiciaire. Au Liban, le président du Conseil se déclare comme le président du pouvoir judiciaire et c'est aberrant, lorsque l'obligation de réserve est interprétée comme une interdiction totale au juge de s'exprimer



avec toutes les répercussions que cela peut avoir, lorsque parler d'indépendance revient à parler des compétences du Conseil supérieur de la magistrature.

On a parlé hier de l'architecture de la Constitution et des conseils supérieurs de la magistrature en Tunisie. J'ai un regard très suspect à l'égard de cette architecture qui comprend des conseils supérieurs de la magistrature et puis un Conseil qui chapeaute tous les conseils. Cela reflète une vision organique du pouvoir judiciaire et non celle d'un pouvoir diffus, qui est partout, dans tous les tribunaux, comme si on devait concevoir la justice comme un gouvernement ou un parlement, comme un organe qui nous représente tel que le Conseil supérieur de la magistrature. Cela pourrait à mon sens avoir des répercussions dangereuses, si jamais la démocratie tunisienne faiblissait.

Sur le plan de la méthodologie, ce sont les hauts magistrats qui participent aux réformes ou bien aucun d'entre eux. Par exemple au Liban, on ne demande pas aux magistrats ordinaires de participer à la réflexion sur les réformes, au contraire, quand ceux-ci disent que telle chose serait bonne, on leur répond « vous n'avez rien à penser, c'est le Conseil supérieur de la magistrature qui pense à nos intérêts », et cela a été dit à plusieurs jeunes juges.

Les priorités ne sont jamais d'augmenter les garanties d'indépendance, on parle plutôt de la modernisation de la justice, de réformes techniques et bien sûr la communauté internationale favorise cela, avec des projets d'informatisation, de formation des greffiers. Mais en fait ces réformes sont plutôt utilisées par le pouvoir pour accroître la hiérarchie, car c'est lui qui détermine la forme de la formation, qui va y participer etc. Ceci doit être pris en considération quand on définit la réforme souhaitée.

Quand le pouvoir parle des choses importantes, il donne plutôt priorité à la responsabilité sur l'indépendance, donc il parle de la corruption, de la déontologie, de l'éthique des juges, mais très rarement de l'indépendance, alors que la plus grande valeur de la déontologie, c'est l'indépendance. Bien sûr la question de la responsabilité, quand il s'agit d'un organe qui manque de crédibilité, peut avoir des conséquences très dangereuses, donc le discours sur la responsabilité doit aller en parallèle avec l'accroissement de l'indépendance. J'ai beaucoup d'exemples sur la façon dont ce discours sur la corruption et la responsabilité a été utilisé pour davantage soumettre les juges.

Concernant les standards qu'on prend pour référence, on met en avant les particularités, par exemple au Liban il y a plusieurs confessions, donc on ne peut pas trop adopter de standards internationaux, ce n'est pas pertinent pour le Liban. Il me semble qu'en Égypte on ne parle jamais de standards internationaux en matière de justice. La justice égyptienne a plus de cent ans, elle a développé ses propres standards, donc elle n'a pas besoin de ça. Il n'y a qu'en Tunisie où on a vraiment parlé de standards internationaux. Au Maroc aussi maintenant, avec le Club des magistrats, mais cela reste sinon très marginal. Les réformes se font de façon très confidentielle, discrète, dans des lieux fermés, il y a parfois un dialogue mais cela n'arrive jamais jusqu'au stade du débat national.



Ceci pour le schéma officiel. Il y a ensuite des mouvements qui permettent d'espérer autre chose et qui viennent de tous les côtés : des juges, de la société, des médias qui s'intéressent davantage à la justice. Toutes ces tentatives apportent quelque chose à l'environnement professionnel des juges et pourraient permettre un vrai changement.

L'exemple le plus pertinent de juges qui ont défié la hiérarchie est celui du Club des magistrats marocains, et ce qu'ils ont fait à partir de 2011 était réellement très important. On les appelait « les juges de Facebook » parce qu'ils ont commencé par créer un réseau sur Facebook afin de se rassembler, avec une grande majorité de jeunes magistrats – un seul d'entre eux était membre de la Cour de cassation. Ils sont arrivés à imposer une modification dans la Constitution, un chapitre qui reconnaît la liberté d'expression et d'association. Mais surtout ils ont fait le bon diagnostic en définissant la hiérarchie comme étant ce qui constitue le mal de la justice marocaine.

Ils ont aussi défini la déontologie et les traditions judiciaires, par exemple le fait de comprendre l'obligation de réserve autrement que selon la définition donnée en Europe alors que ce doit être un concept international. Pourquoi en France l'obligation de réserve ne remet pas en cause la liberté des juges alors que nous nous devons nous taire ? Ils sont allés jusqu'à exprimer leur réserve à l'égard de l'organisation judiciaire, en publiant régulièrement des articles dans les journaux, des rapports pour dénoncer les intrusions dans leur travail, faites notamment par les présidents de tribunaux, leurs supérieurs hiérarchiques. Cela a vraiment été une nouvelle expérience pleine d'énergie.

Au niveau de la société il y a eu de nombreux exemples, lesquels pour certains sont des originalités sur le plan international, par exemple la création des observatoires pour l'indépendance de la justice. Le premier est né ici en Tunisie, il est présidé par Ahmed Rahmouni qui a été le combattant de l'Association des juges tunisiens en 2005 et démis de ses fonctions par le régime Ben Ali. Il a créé cet observatoire comme un organe spécialisé concerné non seulement par la redevabilité des juges mais aussi leur indépendance. C'était très important de réunir ces deux éléments ensemble. Parfois les médias parlent des juges pour les responsabiliser en cas de faute grave, mais il y a très peu de travail qui prenne ensemble la responsabilité et l'indépendance et qui les met sur le même plan, à la fois pour défendre et protéger le juge, mais aussi pour dénoncer toute menace contre les juges.

Un autre observatoire vient d'être créé au Maroc en décembre 2013, et un nouvel observatoire va être créé au Liban par mon association *Legal Agenda*, pour la transparence et l'indépendance de la justice, et c'est cela qui pourrait déranger davantage la hiérarchie judiciaire.

Sur le plan social, il y a des concepts qui deviennent populaires, relatifs au *due process*, au *fair trial*, par exemple le concept du juge naturel, qui n'est pas évident à comprendre pour les gens. En Égypte c'est devenu un concept compris par tout le monde, surtout par ceux qui ont souffert des tribunaux militaires, qui fait partie de la Constitution et de plusieurs textes sur l'indépendance de la justice.



Il y a un autre grand principe concernant la justice exceptionnelle, qui vient d'être reconnu au Maroc dans un projet de loi : on ne juge pas les civils devant un tribunal militaire. Ce principe a été proclamé par les foules lors de manifestations au Maroc et en Jordanie contre le tribunal de la sûreté générale, en Égypte et en Tunisie contre le tribunal militaire, au Yémen contre les tribunaux exceptionnels. C'est devenu un principe général qui s'est dégagé de ce mouvement régional et qui refuse que des civils soient jugés devant un juge exceptionnel.

Mais le plus important je crois, ce sont les médias. La Tunisie est le seul pays où on peut parler d'un vrai débat national sur la justice, mais au Maroc il y a également une grande avancée, au Liban aussi, notamment quand il y a des conflits autour de quelques procès. De tous temps, les médias se sont intéressés aux « gaffes » commises par les juges, surtout quand ça concerne un grand dossier politique. Mais ce qui est nouveau c'est cette remise en question de notions traditionnelles. Par exemple, il n'y a plus cette stigmatisation des juges qui ne parlent pas. Les juges sont là, ils écrivent dans les médias, font des déclarations, passent à la télé, donc ils deviennent des personnages connus qui interviennent directement dans le débat public.

Les médias commencent également à s'intéresser à l'organisation de la justice. En Tunisie, le débat qui a eu lieu sur la justice dans la Constitution est incroyable, la façon dont les juges ont réussi à faire tout un débat sur les règles les concernant, à organiser des manifestations, à publier des écrits, à passer à la télé dans des débats et des *talk shows*, ce qui n'était pas évident parce que les gens n'étaient pas nécessairement intéressés par des choses qu'ils ne comprenaient pas. Mais je pense qu'en Tunisie, ça a été une réussite.

Mais plus important encore, c'est ce conflit judiciaire qui a eu lieu entre la commission temporaire pour la justice judiciaire et le ministre de la Justice, fin 2013, début 2014, un réel conflit suivi par tout le monde. Des procès ont eu lieu et la commission a gagné contre le ministère. Ces conflits ont pour avantage de donner plus d'attention publique aux problèmes judiciaires et de les rendre présents dans la vie quotidienne, ils deviennent une partie intégrante du discours public.

Au Liban, on a réussi aussi à développer certains conflits à partir de quelques procès, par exemple le plus récent c'est un procès sur la liberté d'expression, quand le tribunal de presse a commencé à condamner tout genre de diffamation, qu'elle soit justifiée ou pas. L'exception de vérité n'est pas prise en considération, ce qui a fait que toute accusation, toute critique contre n'importe qui au pouvoir est sujette à une sanction pénale.

On a donc réussi à faire un débat partout dans les médias, ce qui a amené à réfléchir sur l'organisation judiciaire, sur l'Institut d'études judiciaires, est-ce qu'on est en train de former les juges à la liberté d'expression, aux libertés publiques ? Non, on n'en parle pas, c'est un tabou au sein de l'Institut. Alors comment peut-on imaginer un tribunal spécialisé pour les délits de presse lorsqu'il n'y a pas la moindre formation sur les libertés publiques ?



Ce genre de débat crée un nouvel environnement professionnel dans le sens où le juge a le sentiment qu'il devient responsable, pas seulement à l'égard de cette puissance au sommet de la hiérarchie mais aussi à l'égard de l'opinion publique qui observe, note, critique et intervient dans le débat.

Il y a aussi bien sûr la présence des observatoires, des médias et des organisations spécialisés, comme *Legal Agenda* que je préside et qui a sa propre revue. Cela peut créer une relation plus saine entre les médias et la justice, avec des critiques plus objectives ou du moins la possibilité de faire le point lorsqu'il y a des critiques qui vont dans tous les sens et dire ce qui est justifié ou non. Même le Conseil supérieur de la magistrature a créé dernièrement au Liban un bureau pour les médias, parce qu'il a reconnu qu'on ne peut plus faire taire les médias donc il vaut mieux organiser le droit de réponse.

Malheureusement, et j'ai écrit une critique là-dessus qui va être bientôt publiée sur notre site, ce bureau oublie parfois qu'il est là pour garantir la transparence, donc il reprend par réminiscence cette idée traditionnelle qu'il faut faire taire les médias. Chaque fois qu'il se sent provoqué par les médias, il leur répond qu'ils ne peuvent pas parler des affaires en cours, alors qu'il a été créé pour clarifier les choses.

Mais c'était une première expérience, commencée en août 2013, et je pense qu'ils auront besoin de plus de temps. Je crois du moins que par la création de ce bureau, on peut dire que le principe de l'intervention des médias est reconnu, et c'est à la société libanaise de trouver l'équilibre nécessaire entre les médias et la justice.

De telles tentatives vont tout changer sur la méthodologie de la réforme. Cela va d'abord accroître le nombre des acteurs, non plus seulement les juges qui sont au sommet de la hiérarchie, mais les journalistes, les spécialistes, les avocats, les associations de juges, les juges eux-mêmes, ça va élargir la discussion, créer un débat public.

Les priorités vont être différentes. Quand on parle de ce qui compte pour les justiciables, on parle de juge indépendant, de procès équitable. Les réformes techniques sont bienvenues, mais ne peuvent pas réellement satisfaire les demandes ou revendications sociales. Donc ces priorités seront présentes aussi dans le débat. Et plus important, une telle réforme pourrait être globale, avec une vue globale des choses, pas seulement de la réforme en elle-même. Il ne faut plus de « valse des réformes », où chaque donneur, l'Union européenne ou l'USAID, vient avec une réforme ponctuelle, en disant « voilà on a fait quelque chose pour la Jordanie ou pour le Liban ». Je crois qu'un tel discours doit changer, parce qu'il ne fait que reproduire le système et conforter la légitimité des pouvoirs en place.

Il y a également les débats qui peuvent entourer la référence aux standards internationaux. Par exemple en Tunisie, il y a eu un conflit très agressif autour de cette question entre les syndicats et l'association des juges qui ont refusé de s'asseoir à la même table. Ce conflit a créé un vrai débat en Tunisie. Peut-être les juges y ont-ils perdu en termes de solidarité, mais



ils y ont beaucoup gagné en termes de débat public, cela a conforté leur cause et c'est à noter pour comprendre l'importance du débat public sur la réforme.

Un tel système, où les médias interviennent, où il y a des observatoires, des revues spécialisées et des juges qui interviennent aussi, est proche d'un vrai débat public qui permet à la justice de reprendre sa place dans l'organisation politique de l'État, de retrouver une réelle fonction sociale et de ne pas être marginalisée dans ses problèmes et ses besoins.

Je crois pour conclure qu'il y a deux notions qui doivent toujours être présentes à l'esprit : la première est l'égalité des juges, cette notion est très importante, c'est un peu dommage que la Constitution tunisienne n'ait pas adopté ce concept, mais je crois que dans nos pays, si on parle d'une maladie qui est celle de la hiérarchie judiciaire, c'est très important de faire adopter ce principe ; la seconde, et ça peut être le début de tout procès équitable, c'est l'égalité des justiciables. Je crois que ces deux principes doivent être toujours présents afin que la justice soit un lieu qui promette une vraie protection à tout le monde, et qui soit égale.

Iyadh Chaouachi

Magistrat au tribunal de grande instance de Zaghouan, co-fondateur de l'observatoire tunisien de l'indépendance de la magistrature (OTIM) (Tunisie)

La réforme de la justice : mode d'emploi

Pour commencer, il faut rappeler que ce combat de l'indépendance de la justice remonte, en Tunisie, au début du siècle sous l'occupation française. Et puis il y a eu la grande déception de la première constitution tunisienne, avec une classe politique qui refusait catégoriquement que la magistrature, la justice, soit un pouvoir ou un anti-pouvoir qui peut intervenir dans la vie politique et la gouvernance en Tunisie.

Ensuite, il y a eu la fameuse grève de l'association des jeunes magistrats de 1985 et l'instauration de l'institut supérieur de la magistrature qui, selon quelques critiques, était un instrument pour avoir justement des petits fonctionnaires en guise de magistrats avec une perception un peu étrange de leur métier.

La justice au temps de ce processus révolutionnaire est appelée à jouer un rôle tout à fait nouveau, celui de gardien des droits et des libertés, d'arbitre de la vie politique et même de générateur de valeurs, dans un État qui se veut de droit, qui se veut démocratique. La justice est appelée aussi à juger le passé et ses maux, à juger une grande partie de notre histoire contemporaine, et même de notre histoire du temps présent, à réparer l'histoire ou à faire face à des crimes « qu'on ne peut ni punir ni pardonner ». Mais pour le cas tunisien, comme pour la plupart des pays arabes, la justice a-t-elle les moyens d'assurer ce rôle et de réaliser ses fins ?



La réponse est non. Et aucun des gouvernements, par exemple en Tunisie après la révolution, n'a osé prétendre avoir l'intention de réformer la justice. Même la Constituante n'a pas osé le faire malgré la clarté des dispositions du troisième paragraphe de l'article 22 de la loi constitutive du 16 décembre 2011 relative à l'organisation provisoire des pouvoirs publics, qui disposait que « *l'Assemblée nationale constituante promulgue des lois fondamentales pour une nouvelle réorganisation du système judiciaire et la restructuration des instances judiciaire, administrative et financière, mais aussi pour déterminer les bases de la réforme judiciaire selon les normes internationales de l'indépendance de la justice* ».

Cette réforme n'a pas encore vu le jour, faute de temps, faute de volonté politique ou des deux à la fois, ou peut-être faute de débat public profond, dépassionné et surtout non instrumentalisé par les partis politiques.

Souvenons-nous de ce qui s'est passé pour la loi organique de l'instance provisoire de la magistrature, et comment le premier projet est tombé à l'eau avant même d'être débattu et ce, dès le premier article que la Constituante a refusé d'adopter et qui parlait d'instance provisoire indépendante.

Cette réforme se présente à mon sens comme la clé de la transition démocratique. Pour en revenir à la volonté politique, l'absence de cette volonté de réformer la justice trouve-t-elle raison dans la peur de l'échec ? Réformer la justice risque-t-il de changer la place qu'occupent les autres pouvoirs de l'État, d'entraîner des répercussions sur tout le système politique tunisien et surtout la manière de gouverner ?

En ce sens, deux catégories de questions doivent être posées : existe-t-il un modèle performant de processus de réforme ? Comment lever les différents obstacles qui rendent le processus de réforme particulièrement irréalisable ? Ces deux questions se résument en une seule, capitale : comment conduire le changement ?

Tout d'abord, il faut réussir l'élaboration de la réforme. Le petit Larousse nous définit le mot réforme comme un changement important et radical apporté à quelque chose, en particulier à une institution en vue de l'améliorer.

Il est donc légitime de bien évaluer notre système judiciaire, les principes sur lesquels il repose, ses composantes et les relations entre ces composantes, pour définir les foyers de dysfonctionnement, savoir ce qui s'est vraiment passé et comment une petite minorité de ces composantes de la justice, à savoir la magistrature, les avocats et les autres métiers judiciaires et juridiques, s'est comportée au temps du despotisme comme une association de malfaiteurs qui a gravement nui à l'image de la justice.

Pouvoir poser la bonne question de comment réformer, changer, doit d'abord se faire à mon sens par le biais d'études d'excellence interdisciplinaires, approfondies, accompagnées d'enquêtes de satisfaction, d'indicateurs et de statistiques, et tout ce qui se rapporte à la



nouvelle théorie de *public management*. Il faut essayer de rassembler les études théoriques et les études pratiques qui soient basées à la fois sur l'aspect quantitatif et qualitatif.

Après l'évaluation de la situation exacte de la justice tunisienne avant le processus révolutionnaire et celle des attentes des citoyens, de la classe politique et de la société civile, il faut déterminer les acteurs de la réforme. Ce n'est pas aussi évident, car pour nous réforme, même après les élections du 23 octobre 2011, signifie, automatiquement, le pouvoir en place. C'est lui le pilote, celui qui a les clés de la réforme, alors que normalement ça devrait se passer autrement, ça devrait être participatif dans un État qui tend à être démocratique depuis la dernière Constitution.

Il nous faut donc déterminer les acteurs de la réforme – pouvoir en place, opposition, société civile, et surtout les associations et syndicats des métiers judiciaires et juridiques – et fixer le pilote de la réforme et ses rapports avec les autres intervenants. C'est là que se pose le grand problème.

On peut ici ouvrir une parenthèse concernant les rapports tendus entre l'exécutif et les autres acteurs de la justice. Le cas de l'instance provisoire de la magistrature en est la plus pertinente des illustrations. Même après l'adoption de la loi, le pouvoir exécutif cherchait, dans une interprétation un peu absurde, comment freiner, déposséder cette instance de son pouvoir, dans une atmosphère asphyxiante où toute tentative de réforme était vouée à l'échec.

Après ces étapes, la formulation de la réforme par des projets de textes est d'une importance capitale. On peut rappeler l'exemple de l'Association des magistrats tunisiens et de l'Observatoire tunisien de l'indépendance de la magistrature qui ont travaillé pendant deux ans et produit un vrai document de référence avec une approche, une vision de la réforme de la justice, vraiment complète, par le biais d'une lettre envoyée au ministre de la Justice le 2 février 2011, soit deux semaines après les événements du 14 janvier 2011.

Dans cette lettre, il y avait des propositions de méthodologie à suivre pour réformer la justice, et non pas pour avoir seulement des textes qui traitent des magistrats, des avocats, des experts judiciaires. C'était une vision de synthèse, une approche globale. L'Association et l'Observatoire ont élaboré, en collaboration avec la société civile et après des journées portes ouvertes, des actions de vulgarisation, des rencontres et des séminaires, plusieurs projets de loi concernant le processus électoral, la justice transitionnelle, la création de l'instance provisoire de la magistrature, dans l'optique de réformer la justice et d'enrichir sa contribution à la transition démocratique.

Cette réforme se traduira par des lois portant réorganisation de toutes les composantes de la justice et, partant d'une vision globale, de tout son environnement – et non pas comme ce qui s'est passé avec le décret-loi organisant le métier d'avocat en Tunisie qui a suscité beaucoup de problèmes et qui s'est transformé en sujet polémique alors qu'il avait pour objectif la contribution à la réforme de la justice –, le tout couronné par une charte de bonne pratiques.



Concernant la mise à exécution de la réforme, le suivi et l'évaluation sont les clés de la réussite. Il faut choisir tout d'abord le moment de la mise à exécution, prendre soin de la manière dont on communique au public. On a toujours cet exemple du premier projet de loi organique concernant l'instance provisoire, qui s'est déroulé dans une atmosphère politique très tendue entre opposition et pouvoir en place, une tension entre des antagonismes politiques qui a eu des répercussions sur le projet et fait qu'il est tombé à l'eau.

Les acteurs de la justice doivent persévérer à ancrer la réforme dans la pratique avec la meilleure lecture, la meilleure interprétation possible, et doivent en même temps, par leurs représentants, syndicats et associations, rester en contact pour surveiller les éventuelles dérives et rectifier la trajectoire quand il le faut.

Enfin, évaluer c'est mesurer l'écart existant entre les finalités initiales et la réalité. Il faut mettre l'accent sur l'importance de rationaliser l'évaluation par la définition préalable des critères de cette évaluation. On sort ainsi de l'arbitraire et de l'évaluation « idéologique » ou « politique », parce que cette réforme a été conduite par la droite ou la gauche ou tel parti.

Pour résumer, l'important à partir de notre expérience en Tunisie concernant la réforme de la justice, c'est d'être dès le départ convaincu que la question de la réforme de la justice n'est pas une question purement technique qui ne concerne que les magistrats et les avocats, mais une question qui est en étroite relation avec ce qui se passe dans le pays, c'est-à-dire le processus révolutionnaire et l'attente des citoyens.

Il faut aussi lutter contre cette idée propagée par une partie de la classe politique qui est contre la réforme de la justice et surtout contre l'indépendance de la justice en se référant à des arguments qui ne tiennent pas debout. Cette question « peut-on donner l'indépendance à des magistrats corrompus ? », c'était l'argument des partis à la Constituante qui s'opposaient à l'indépendance et à la réforme de la justice, tandis qu'ils n'ont rien fait pour ouvrir un débat national profond, dépassionné et surtout sérieux sur la question de la corruption.

Pour conclure, le ministère de la Justice en Tunisie, pour lutter contre la corruption et pour l'assainissement de la magistrature, a révoqué 82 magistrats en disant : « C'est eux les malfaiteurs, les corrompus, maintenant il n'y a plus de corruption ». Le ministère de la Justice perçoit l'assainissement au sens le plus étroit et le plus caricatural du terme, en le réduisant à une simple révocation de quelques magistrats. Dans son sens le plus profond, l'assainissement s'avère un long processus de quête de la vérité et comment ce pouvoir pourrait être une garantie pour les justiciables.



Harold Épineuse

Secrétaire général adjoint de l'Institut des hautes études sur la justice, mis à disposition par le ministère des Affaires étrangères français en tant que conseiller pour les réformes de la justice à la Banque Mondiale (France)

Éthique, déontologie, responsabilité : de la valse des réformes au débat permanent

Je vais poursuivre cette exploration des prolongements professionnels du procès équitable en m'intéressant aux acteurs. Je vais me placer dans la continuité des deux précédentes interventions et en accord avec les idées qui ont été développées, non pas directement en plongeant dans une situation particulière mais en survolant un espace géographique assez vaste et quelques décennies, et en mettant en lumière quelques dynamiques dans les réformes. Je vous proposerai également de faire un pas de côté sur les prolongements normatifs, c'est-à-dire de ne pas nous placer directement sur la question du droit au procès équitable mais de retrouver dans la périphérie, dans les autres formes normatives, ce qui peut contribuer à la réalité matérielle d'un procès équitable et donc le rapport aux réformes.

Concernant le titre de mon intervention, « éthique, déontologie, responsabilité », je voulais évoquer ces trois notions ensemble, parce que je pense qu'il est important de voir que les trois termes sont à la fois très différents et liés entre eux.

La France elle-même a été assez longue à travailler ces trois terrains, de manière incomplète encore mais en faisant des progrès à la fois sur les règles de responsabilité civile ou disciplinaire, les questions du procès équitable à l'intérieur des règles disciplinaires, la question de l'éthique et de la déontologie, qui sont finalement des choses qui en France sont intervenues assez récemment dans le débat et qui loin s'en faut ne remontent ni à la révolution de 1789 ni à la magistrature de 1958 et au statut qui la fonde à ce moment-là.

La question de la responsabilité opère directement dans le champ du droit, je ne vais pas m'y attarder, je ne voudrais pas néanmoins que cela paraisse comme une opération pour la délaissier en disant que ce n'est pas très important. Les règles de la responsabilité, qu'elle soit civile, pénale ou disciplinaire, qui peuvent s'appliquer au statut des magistrats, sont des questions très importantes qui ne doivent pas être négligées au profit de choses plus modernes ou plus à la mode comme l'éthique ou la déontologie, ce serait une erreur.

L'éthique à l'autre bout n'opère plus vraiment dans le champ des normes, en tout cas telles qu'on les voit en tant que juristes, mais plutôt dans le champ des valeurs. On est dans une représentation souvent assez angélique et positive de la quête du bien faire et pour paraphraser Levinas, l'éthique quand elle arrive dans une profession, c'est un peu l'enjeu d'être à la hauteur de ce qui vous arrive.

La déontologie est un objet intéressant car c'est un objet mixte, hybride, qui a à la fois un pôle éthique et un pôle disciplinaire, un pied dans les deux champs, qui se situe dans le champ des normes mais qui en même temps opère une traduction pratique des valeurs dans un cadre



professionnel. C'est en quelque sorte le chaînon manquant entre une magistrature qui s'intéresserait simplement aux règles de responsabilité et une magistrature qui s'intéresserait simplement à une visée éthique du bon magistrat.

C'est d'abord un discours sur la profession et sur les magistrats, sur l'acte de juger, sur le bien juger, donc c'est en m'intéressant à cet objet déontologique particulier que je voudrais poursuivre la discussion, au travers des instruments du discours, donc des instruments déontologiques.

Cette distinction entre ces trois champs qui sont liés, nous l'avions proposée à l'occasion d'un travail réalisé en 2002 avec le magistrat Denis Salas auprès du Comité consultatif des juges européens, organe consultatif du Conseil de l'Europe. Nous avons fait un travail qui à la fois s'adossait à l'acquis européen du procès équitable – dont celui de Strasbourg –, à l'analyse des concepts et en regardant aussi l'existant. Dans le cadre de notre enquête sur le positionnement de chaque pays, nous avons été surpris de constater que la nouveauté venait de l'Est.

À cette époque, au début des années 2000, les magistratures de l'Europe centrale, donc des pays qui sont depuis membres de l'Union européenne ou en discussion pour y accéder, étaient tous dotés d'instruments déontologiques très clairement intitulés comme tels, alors que nous Français, Allemands, Portugais, Britanniques, Espagnols, pour des raisons très différentes, n'en n'avions pas en tant que tels. Une exception notable était celle des magistrats italiens qui s'étaient dotés dès le milieu des années 90 d'un instrument déontologique, pour des raisons particulières liées à leur histoire et à leur combat contre la mafia et le pouvoir politique à cette époque.

Le passage aux années 2000 est intéressant ensuite parce qu'il confirme cette circulation des modèles ou des initiatives déontologiques, ce que j'appellerais une multiplication ou un pullulement des instruments déontologiques en support et en substance des réformes de la justice.

Très clairement, il faut reconnaître dès les années 1990 la patte de l'USAID, l'agence de coopération américaine, et celle des coopérants de l'American Bar Association et de leur *Rule of law initiative*, qui ont déferlé sur l'Europe centrale pour proposer ces outils déontologiques dans le cadre des réformes de la justice.

Ce qu'ont très bien vu et compris les Américains –je ne dis pas qu'ils l'ont fait avec succès et qu'ils ont eu raison mais c'est là qu'ils sont très redoutables –, c'est la nécessité en réalité d'avoir des corps professionnels, organisés, régulés, qui se retrouvent aussi autour d'une identité – même si toute la question reste de savoir exactement au service de quel projet se place cette entreprise. C'est la nécessité de réguler et d'organiser par des instruments qui vont au-delà du statut et des règles qui agissent *ex post* – la responsabilité disciplinaire en particulier –, en essayant d'occuper les interstices de la loi, en acceptant l'idée de son incomplétude car toutes les questions ne vont pas se régler par des dispositions du Parlement



ou par des dispositions réglementaires, en faisant donc tomber le mythe de la performativité directe, automatique, complète, de la loi.

Comme élément concret de la réforme, j'ai donc choisi de m'intéresser à cette composante déontologique en raison de la multiplication de ces instruments qui est un fait marquant de ces quinze dernières années dans les réformes de la justice et j'aimerais mesurer le poids de cette tendance. La place prise par l'analyse comparée, autrement dit la circulation des modèles, la perméabilité mondiale, le dialogue entre les justices est important. Il est accueilli dans certains endroits, moins dans d'autres, mais c'est une tendance lourde de la façon dont se construisent les réformes. Je vous propose de rentrer de plein pied dans cette fabrique des réformes sous cet angle particulier, en jetant un regard synthétique sur la mode de ces codes, principes, recueils, guides ou chartes disciplinaires, déontologiques, de bonne conduite, d'éthique, de bonnes pratiques...

Je ferai référence à un second travail que nous avons mené à l'IHEJ en 2008 pour le Conseil supérieur de la magistrature français, lequel avait reçu obligation du législateur, en conséquence indirecte de l'affaire d'Outreau, d'élaborer un recueil des obligations déontologiques des magistrats, qui n'était pas un titre du Conseil mais résultait d'une provision de loi débattue au Parlement. L'Assemblée nationale voulait un code de déontologie et le Sénat préférait quelque chose de plus « *light* » avec un ensemble de principes et de recommandations.

Le Conseil supérieur de la magistrature, sensible à ce mouvement de circulation des instruments, nous avait donc commandé une étude, un état des lieux des instruments déontologiques à travers le monde. Nous avons essayé de passer en revue une quarantaine d'instruments selon une grille d'analyse qui s'intéressait au quoi, au pourquoi, au comment, par qui et avec quels usages, établi une synthèse des enseignements à retirer de ces instruments et suggéré quelques pistes, consultables sur un CD remis au Conseil.

C'était une étude totalement empirique qui permettait de souligner l'importance de la dimension comparative parce qu'à partir du moment où la magistrature française se propose de travailler sur ce genre de choses, c'est bien de savoir, de connaître ce qui se fait ailleurs, mais pour mieux l'oublier et repenser ensuite comment on va se positionner. Il ne s'agissait en aucun cas ni pour eux ni pour nous d'imaginer trouver dans cette étude un modèle à reproduire et à appliquer au cas français. L'objectif était plutôt de montrer les forces vives sur lesquelles on pouvait s'appuyer et les options qu'on pouvait mettre sur la table.

Nous avons deux grandes lignes directrices, qui portaient d'un côté sur l'identification des grands mouvements à l'œuvre, ce qui motive, influence ou détermine la création d'instruments déontologiques, donc la façon d'aborder la réforme par l'outil déontologique ; d'un autre côté nous avons essayé d'identifier s'il n'y avait pas plusieurs générations d'instruments, s'il n'y avait pas une évolution dans la façon dont on construisait ces instruments.



Nous avons identifié trois mouvements. En premier lieu, des processus de coopération motivés par une intégration régionale, avec un débat autour de la déontologie au sein des magistratures prises dans ce mouvement d'intégration. Exemple typique des années 2000 : le modèle du code ibéro-américain, ou comment l'Amérique latine, en associant l'Espagne et le Portugal, a pensé que cet ensemble de pays seraient plus forts ensemble pour réfléchir à quelque chose qui leur serait commun et qui pourrait ensuite être décliné sous différentes formes en fonction des pays. C'était donc une initiative des magistratures elles-mêmes, un dialogue des juges à travers une langue commune.

Ce n'était pas quelque chose de nouveau, ainsi le code modèle des juges américains pouvait aussi être vu comme la nécessité d'unifier ou de donner une sorte de standard au niveau national pour ensuite le décliner dans les différents barreaux des États américains. La même idée était présente au Conseil de l'Europe de s'intéresser à cette question ensemble et de partager avec des magistratures qui ont un fond commun mais des différences particulières.

Deuxième grande tendance : les processus de coopération motivés par la diffusion d'un standard global. On touche ici à mon avis à des choses peut-être moins intéressantes parce qu'on s'éloigne beaucoup de la pratique, avec cette initiative des principes de Bangalore sur l'intégrité judiciaire et qui avait comme ambition de dresser un code mondial de bonne conduite pour la magistrature, mais qui en réalité s'inspirait de certains instruments en particulier et faisait des choix marqués sur le disciplinaire. Je crois qu'on était dans la confusion la plus totale au niveau de l'outil.

Dernier mouvement : les processus de coopération soutenus par les acteurs publics ou privés de la coopération, dans une sorte de mise en concurrence, de *forum shopping* de différentes agences qui arrivent avec leurs moyens et leurs conceptions très particulières de ce que doit être la réforme de la justice et des instruments dont doit se doter la magistrature.

Si on met de côté la question des grandes dynamiques qui expliquent le renouveau du débat déontologique dans la magistrature, qu'apportent ces expériences sur le fond ? Nous avons identifié différentes générations d'instruments déontologiques. Je ne soutiens pas l'idée que la deuxième génération est forcément meilleure que la première et moins bonne que la troisième, mais plutôt qu'il est intéressant de mesurer leur évolution dans le temps, de voir quels ont été les « modes » déontologiques mais de manière concrète, à travers les instruments mis en place.

Les instruments de première génération font clairement le choix des codes, en liant la question éthique et déontologique au disciplinaire, c'est-à-dire en mettant en avant la question déontologique comme étant une question de discipline professionnelle, en référence au modèle de l'International Bar Association et du code modèle américain.

La deuxième génération arrive assez tardivement, à la fin des années 90, en contre-modèle du modèle américain, au Canada. La magistrature fédérale canadienne s'est posé la question de savoir si elle devait adopter un code modèle comme celui des Américains, ou alors quelque



chose de plus proche de l'Angleterre qui a une tradition très différente. Le choix a été fait de la tradition britannique et de se démarquer des États-Unis. La magistrature canadienne a ainsi décidé de ne pas élaborer de code, parce qu'elle estimait relever, y compris au niveau des règles de responsabilité avec la règle de l'*impeachment*, du paradigme du juge anglais et de sa posture politique, avec tout un champ qui lui échappe en termes de régulation professionnelle.

Avec cet héritage, cet acquis, elle a mis en place des principes de déontologie judiciaire qui sont plutôt des recommandations entre *gentlemen*, le juge devrait faire ceci ou cela, dans telle condition il devrait faire attention etc. C'est vraiment un contre-modèle du modèle américain et plutôt que des comités de discipline, on a des conseils consultatifs où on peut aller demander conseil sur des problèmes d'ordre déontologique à ses pairs, qui vont faire l'interprétation de ces principes et avoir une discussion collégiale sur la façon dont on peut les confronter à une réalité concrète.

Les instruments de troisième génération sont un *mix* entre les deux. Ils arrivent au milieu des années 2000 et plusieurs pays sont à la fois séduits par la visée positive que peuvent donner les principes de déontologie judiciaire canadiens et en même temps voient la nécessité dans le cadre des principes de Bangalore de relier cela à une meilleure effectivité du cadre disciplinaire. On a ici curieusement des instruments déontologiques qui à mon avis ne sont pas très aboutis, pas très bien pensés, parce qu'ils parlent à la fois de recommandations et de sanctions, donc c'est un peu la confusion des genres.

Il faut citer aussi dans ces exemples un travail de nos collègues belges, qui ont écrit et mis au point un guide pour les magistrats intitulé « Principes, valeurs et qualités », inspiré des actes d'un colloque intitulé « Vers une nouvelle déontologie ». Ils y développent l'idée d'une déontologie positive, qui prolonge cette tradition canadienne. Mais à l'inverse beaucoup d'autres pays ont fait le choix du lien au disciplinaire.

Quatrième et dernière génération, c'est un exemple atypique qui arrive très tard dans le débat déontologique : le traitement déontologique par la question. Il s'agit de dépasser le blocage qui consiste à dire pour un magistrat : « Pourquoi parler de la question de l'éthique et de la déontologie ? Je sais comment me positionner par rapport à cela, je sais lire les textes, je suis indépendant, je ne vois pas pourquoi on aurait un débat collectif autour de cela ». Je crois qu'il y a là une vraie confusion autour de l'objet « éthique », en tous les cas remis dans son contexte professionnel, et pour reprendre l'expression du juge en chef du Québec François Rolland, la question de l'indépendance est moins le privilège du juge que la garantie du justiciable.

Ce blocage a été surmonté par l'idée, dans le cadre de formations avec certains magistrats, de commencer le débat par simplement se poser des questions, « on n'est pas mûrs pour se donner des réponses, mais au moins prenons le temps de nous poser des questions ». Donc c'est un instrument déontologique de questionnement qui a été réalisé, plus précisément par la magistrature allemande, qui était dans une vraie situation de blocage et n'arrivait pas à traiter



cette question déontologique, et qui a réussi à dégager le terrain en prenant cette approche très singulière.

Pour rebondir sur cette question de la fonction de l'éthique professionnelle, je ne voudrais pas laisser croire qu'il suffit d'écrire un texte, un livre, des principes, des recueils. Je crois qu'en la matière il ne faut être ni naïf, ni cynique ou pessimiste sur la question de la déontologie et de l'éthique. Je pense qu'il serait intéressant par exemple d'effectuer un sondage auprès des magistrats français, à commencer par notre ancien interlocuteur, le Conseil supérieur de la magistrature, et de leur demander ce qu'ils ont fait réellement, concrètement, de leur recueil d'obligations déontologiques, combien de fois l'ont-ils ouvert, utilisé, dans quel contexte, avec quelles pressions et avec quels résultats ?

Je crois qu'il y a une erreur à considérer que le débat s'ouvre par la nécessité d'avoir un écrit déontologique et qu'il se referme une fois que celui-ci est sur la table. Je crois que c'est l'inverse, le débat commence simplement quand on met le texte à la discussion, à la proposition, parce c'est un texte, et comme dans toute démarche éthique professionnelle, il doit nourrir la discussion au sein des professions.

C'est en cela que dans le titre de ma communication, j'opposais la valse des réformes au débat permanent. Le débat permanent est certainement la malédiction de la démocratie, on est sans cesse obligé de discuter, de rediscuter, de se repositionner, il n'y a pas de réponse définitive, mais c'est sans doute le remède à quelque chose d'assez dommageable dans nos réformes de la justice. Je crois profondément qu'à force de refuser qu'un débat existe, on en vient à cette valse permanente des réformes, à remettre finalement l'ouvrage pour réformer et réformer encore. Je nous inclus évidemment, nous Français, qui souffrons de réformes nombreuses, incohérentes, qui vont dans un sens puis dans l'autre, sur la question de la justice. Donc il ne faut pas distinguer certains pays par rapport à d'autres, c'est un vrai problème pour la justice en démocratie qu'il faut arriver à surmonter.

Quand on se pose la question de l'éthique et de ses prolongements, il vient assez clairement celle de l'information et de la formation autour du débat éthique, avec les juges mais pas seulement. Je crois qu'il faut aller au-delà, et se poser aussi la question de l'éthique professionnelle des personnels de justice, greffiers, avocats, pas dans l'objectif de mettre en avant des contrôles supplémentaires, mais dans l'idée que c'est aussi un corps professionnel qui participe à l'œuvre de justice, qui doit lui aussi trouver des bases de motivation et pouvoir se construire identitairement plutôt que d'être pensé à côté de tout cela. L'information et la formation s'adressent aussi au public, le public doit savoir que ce débat existe. Ce qui se fait, s'écrit ne doit pas être caché mais partagé, même si c'est un risque pour les juges avec ces mécanismes de plainte comme il en existe en France.

Ce que je trouve intéressant et important dans ce débat, c'est que chaque magistrat ne peut pas camper sur ses positions, sur sa propre définition de l'éthique, en arguant de son indépendance. D'autres pourront lui répondre qu'ils sont plusieurs à penser différemment, que



des principes s'imposent, qu'une discussion existe. Donc on ne peut pas clore le débat simplement en mettant en avant la question de l'indépendance.

Outre le public, il y a également les médias, et il a été question de leur méconnaissance de plus en plus importante du débat français sur la justice, de leur façon de s'emparer d'éléments qui ne sont absolument pas ceux du débat, ce qui fait qu'il faut souvent attendre deux ou trois jours avant de trouver des choses intelligentes sur les vrais problèmes posés par les affaires.

Enfin, et ceci est un autre débat mais il faudrait qu'on l'ait un jour, il y a ce que collectivement nous produisons, nous les amis qui venons en soutien des réformes de la justice, avec les méta-structures de nos bailleurs, de nos organisations, leur propre logique qui ne permet pas toujours l'efficience totale de l'aide que l'on peut apporter. Ce débat est important, non pour faire du *naming and shaming* comme disent les Américains, mais pour simplement, si on croit en ce que l'on fait, mettre toutes les cartes sur la table.

J'ai beaucoup parlé de l'éthique professionnelle, et il y a un écueil à éviter qui est de ne pas tomber dans ce que Monique Castillo appelle le professionnalisme versus l'éthique professionnelle. Monique Castillo est professeur de philosophie, elle a écrit un petit article très intéressant intitulé « Du professionnalisme et de l'éthique professionnelle », qui oppose le professionnalisme technique au professionnalisme éthique. On peut tout à fait avoir un professionnalisme technique qui ne produit pas les effets éthiques que l'on attend du professionnel.

Comprendre la visée profonde de la question éthique est peut-être un luxe, surtout dans les pays en transition, mais je crois que si l'on parie sur la construction d'un corps professionnel, cela passe par la question de l'identité. Cette question de l'éthique professionnelle est un levier puissant pour prendre le pouvoir dans le débat, à condition qu'on réussisse à y inclure des discussions avec la société civile, à communiquer avec tous les interlocuteurs qui se retrouvent autour de la posture d'un juge garant de la démocratie.

Dans son ouvrage « Déjouer l'interdit de penser », ce qui je pense est une finalité de l'éthique professionnelle, le philosophe Jean-François Malherbe donne cette définition, qui fait un peu référence à la notion de « capabilité » d'Amartya Sen: « *L'éthique appliquée consiste à penser l'éthique avec les gens et non pas pour eux, il s'agit de susciter et de stimuler la co-élaboration, accompagner l'exercice du jugement, telle est la pratique éducative de l'éthique appliquée, déverrouiller l'accès de chacun aux outils dont il dispose pour résoudre ses problèmes, penser avec les gens plutôt que de penser pour eux, c'est cela une éthique qui ne fait pas la morale.* »



Débat

Q : J'ai senti poindre une inquiétude sur le fait qu'il y ait un débat permanent et que nous nous interrogeons sans cesse sur notre éthique, j'ai tendance à penser que c'est plutôt un signe de bonne santé institutionnelle et mentale, et j'aimerais connaître votre point de vue. La deuxième chose, c'est que je partage totalement votre analyse sur les financements multilatéraux. Je voudrais simplement prendre un exemple, j'ai essayé de mettre en œuvre un projet en Ouzbékistan, pour une durée de trois ans, avec une enveloppe financière très importante. Nous y avons déployé des magistrats français, qui, en trois ans, malgré tous nos efforts, ne sont jamais parvenus à assister à une audience, parce que c'est encore un pays où les audiences n'ont pas lieu publiquement. Je crois qu'on parvient à planter des graines dans les projets multilatéraux mais on a besoin de la communauté des juristes du monde entier pour continuer à les semer, quelle que soit l'action des bailleurs de fond. Merci de vos impressions sur ces questions.

Q : Dire qu'au Maroc les juges ont très peu de liberté, je dirais oui et non. Je rappelle que le principe d'inamovibilité a été consacré par la première Constitution du Maroc en 1962, confirmé par les constitutions suivantes, jusqu'à l'actuelle Constitution de 2011 dont l'article 108 dispose que « *les magistrats du siège sont inamovibles* ». C'est vrai que les juges n'ont pas de liberté dans toutes les chambres, mais je pense que dans le champ pénal, leur liberté est assez vaste car vous savez bien que l'accusation doit être bâtie sur la preuve et qu'il y a ce principe de la liberté de la preuve qui est totalement laissée à la conviction intime du juge. En outre, le pouvoir judiciaire au Maroc n'a jamais été un pouvoir, on parlait de la justice dans toutes les constitutions, mais c'est la Constitution actuelle qui a fait de la justice un pouvoir. C'est vrai qu'il y a eu des difficultés, les magistrats n'ont jamais eu de liberté d'expression, mais cette Constitution a bien attribué au juge la liberté d'expression sous réserve de la déontologie et de l'éthique. D'autre part, sur l'éthique, la déontologie et la responsabilité, je voulais également connaître les grands principes fondamentaux qui sont communs à tous ces codes déontologiques.

Q : Le droit au juge naturel est une question très importante dans le procès équitable. La question du juge militaire est un sujet qui a suscité beaucoup de débat en Égypte, jusqu'à ce que dans la nouvelle Constitution il y ait un article qui limite la compétence du juge militaire à toute atteinte aux militaires, directement ou aux biens qui appartiennent au ministère de la Défense. Se pose alors la question de savoir quelles sont les limites de compétences entre le juge judiciaire, naturel, et le juge militaire, sachant qu'en Égypte le ministère de la Défense a beaucoup d'activités économiques qui font en sorte qu'il peut intervenir dans beaucoup de domaines, être propriétaire de beaucoup de terrains. Où se situerait exactement le juste équilibre entre la compétence du juge naturel et celle du juge militaire ? Est-ce qu'il faudrait prévoir que la compétence du juge militaire se limite aux missions militaires, ou doit-on en rester au général, avec une jurisprudence qui préciserait les choses par la suite ?

Q : On est en train de parler en Tunisie de l'instauration d'un code de règles éthiques, auquel le juge pourrait se référer à chaque fois qu'il remarque que son comportement est loin de



mettre en valeur sa fonction. En ce qui me concerne, je suis tout à fait contre, le magistrat représente la loi, donc c'est illégitime d'instaurer une source de loi pour la loi. J'aimerais connaître votre point de vue sur ce projet.

Q : L'organisation judiciaire au Liban est-elle basée sur l'organisation de la société libanaise et en fonction de ses composantes ? Quelle est par exemple la proportion de juristes sunnites, chiïtes, druzes etc. au sein des juridictions ?

Q : Vous avez évoqué concernant le Yémen la mainmise du pouvoir exécutif sur le Conseil supérieur de la magistrature. Vous avez raison mais les choses vont changer, suite à l'engagement d'un dialogue national qui a duré une année et abouti à des recommandations concrètes concernant les réformes de la Constitution. Parmi ces règles de réforme figurent les règles relatives à la composition du Conseil, il sera composé de deux tiers de magistrats élus par l'assemblée générale de la magistrature, un tiers élu par les avocats et les professeurs des universités.

Vous avez également évoqué la lutte des associations et de la société civile contre les tribunaux militaires et d'exception. Cette lutte a aussi abouti à une recommandation concrète qui interdit la création de tribunaux d'exception. Un comité a été nommé pour traduire ces recommandations dans notre nouvelle Constitution. Vous avez évoqué les standards internationaux, les textes signés par le Yémen doivent être respectés, mais en fait ni le législateur ni les avocats n'ont jamais invoqué ces règles devant les tribunaux, c'est pour cela que les recommandations disent que les libertés et droits fondamentaux doivent être traduits dans des dispositions législatives.

Harold Épineuse : Sur la question de la valse des réformes et du débat permanent, nous sommes d'accord, le débat permanent est sain, il doit avoir lieu sous la forme d'un débat interne à la profession, et en respiration avec l'extérieur. Mais il est souvent confisqué justement par la valse des réformes, souvent imposées de l'extérieur et sans vrai débat, et c'est bien là où j'opposais les deux, contre la valse des réformes et pour le débat permanent, mais interne et en respiration.

Sur la question du rôle de la coopération, c'est un long débat, mais au-delà des difficultés liées au terrain dans certaines actions de coopération, il faut avoir un vrai dialogue utile et nécessaire, parce qu'on croit en ce qu'on fait et on pense que ça peut être utile, sur ce que peuvent imposer nos propres cadres d'action, les blocages qu'on peut imposer de notre côté. Il y a par exemple un cadre spécifique d'intervention de la Banque mondiale dont je ne suis pas sûr qu'il soit le plus adapté pour la question déontologique et éthique. Quand on a une grille de lecture de l'intervention qui est simplement celle de la rationalité économique et quand on s'interdit de faire du politique, je ne vois pas comment on peut arriver concrètement à quelque chose, sinon à contourner la question de l'éthique et de la déontologie. On peut essayer d'avoir la même démarche et voir ce que l'on peut faire ou non, quelles sont les contraintes qui s'imposent, pour mieux les articuler, les mettre en adéquation avec les buts que l'on sert.



Sur la question des grands principes communs mondiaux, les principes de Bangalore, comme beaucoup d'instruments déontologiques jusqu'à la fin des années 2000, ont en commun ce que Pierre Noreau appelle les trois « I » : intégrité, indépendance, impartialité. Vous trouvez ainsi dans la reproduction des outils déontologiques ces trois grands principes. Le reste ensuite change, parce que c'est aussi l'objet d'un débat interne. Les formulations dans le contexte de problématiques particulières ne sont pas des tables de la loi écrites pour l'éternité, il y a aussi un contexte de la mise au point de ces écrits judiciaires.

Je voudrais attirer votre attention sur la nécessité de ne pas s'arrêter simplement à un catalogue de grands principes et valeurs. On a des instruments sur un standard mondial que je trouve assez stérile, qui peuvent donner des grandes orientations, mais on se met dans une logique de conformité, on n'est plus dans la logique de l'éthique professionnelle qui est le terreau de l'identité professionnelle. Je ne suis pas certain que ces catalogues de grands principes soient de véritables outils de discussion, dans le sens où ce qui est intéressant dans les écrits déontologiques et d'éthique professionnelle, ce sont moins les titres que les notes de bas de page, c'est quand on commence à entrer dans les détails, quand on a une vraie discussion, quand on aborde les cas concrets. C'est toute l'intelligence des Canadiens, qui sont vraiment sur le mode de la discussion sur les principes déontologiques. J'ai été surpris de retrouver des choses dans le débat sur l'éthique des juges, en anglais, qui faisaient référence au chancelier français D'Aguesseau que je ne trouvais présent nulle part dans le débat et les écrits français. Il y a une tradition de positionnement et de discussion sur l'éthique et la déontologie, que nous, nous avons perdue. On a voulu s'en démarquer en rupture, alors qu'on avait des écrits formidablement instructifs qui font réfléchir sur l'éthique du juge, les Canadiens, eux, ont continué à les utiliser.

On peut gloser longtemps sur la structure, mais ce qui est porteur dans le débat déontologique, c'est le débat qui a lieu au moment où on aborde le sujet et qui recommence une fois qu'on s'est mis d'accord sur une version. S'arrêter simplement à la définition de grands principes est assez illusoire.

Pour illustrer comment on va au-delà des 3 « I » dans des instruments plus récents, je voudrais aussi citer la démarche du Conseil d'État en France, qui s'est doté d'un instrument forcément différent puisqu'il n'est concerné ni par la loi ni par le Conseil supérieur de la magistrature. Il s'agit de la « Charte de la déontologie des membres de la jurisprudence administrative : principes et bonnes pratiques », qui n'a pas échappé dans son élaboration à un travail comparatif et à un vrai travail de consultation et de construction en interne. On y trouve plutôt une construction à l'opposé du *mainstream* mondial, avec des principes généraux, la question de l'indépendance et de l'impartialité, la prévention des conflits d'intérêt dans l'exercice des fonctions, le devoir de réserve dans l'expression publique, le secret et la discrétion professionnelle, l'obligation d'exclusivité et activités accessoires, la création d'un collège de déontologie consultatif. C'est vraiment quelque chose d'identitaire, de consubstantiel à la position du Conseil d'État français, à son identité en tant que juge administratif et au débat interne qui a eu lieu au sein de la juridiction.



Dans le guide des principes de déontologie pour les magistrats belges, vous avez quelque chose de différent : d'abord les valeurs d'indépendance, d'impartialité et d'intégrité – les 3 « I » –, ensuite des éléments un peu plus personnels, plus spécifiques à la situation du pays, que les Belges ont jugé utile de mettre en avant : réserve et discrétion, diligence, respect et écoute, égalité de traitement, compétence. Si on en était resté à la transposition d'un code mondial qui fait plaisir à tout le monde mais ne satisfait personne, je ne suis pas certain qu'on aurait avancé autant qu'en essayant de s'en démarquer. Il y a eu aussi des expériences dans les pays arabes, par exemple la charte d'éthique judiciaire au Maroc, qui n'avait pas échappé à notre étude.

Concernant la Tunisie, vous parlez en réalité d'une loi qui va écrire et imposer les choses, tandis que pour ma part j'ai distingué les valeurs du débat interne, quelque chose dont la profession s'empare elle-même plutôt que quelque chose d'imposé totalement de l'extérieur. Il y aurait dans ce cas une sorte de confusion entre l'écriture du statut et de ses prolongements, et ce qui est vraiment l'éthique professionnelle pour la profession concernée. Ce qui est intéressant, c'est la dialectique entre les deux, ce n'est pas l'un pour l'autre. On est dans un contexte démocratique, il y a un statut qui fixe des règles mais qui a ses limites et ne peut pas tout prévoir, et puis il y a dans l'interstice de la loi, tout ce que le corps professionnel va injecter ensuite dans le débat.

Iyadh Chaouachi : Une précision pour le cas tunisien, l'année dernière le ministère de la Justice a commencé à parler d'un code d'éthique et de déontologie, chose qui n'est pas naturelle parce que normalement cela émane d'un débat avec le corps judiciaire et ça ne peut pas prendre la forme d'une décision ministérielle ou du gouvernement. Est-ce qu'il y a vraiment eu un débat sur cette question en Tunisie, je n'en suis pas sûr parce que personne n'a été invité, aucun magistrat, que ce soit de l'Association des magistrats, de l'Observatoire ou du Syndicat. Je ne pense pas qu'aujourd'hui il y ait un vrai débat sur l'éthique ni même un débat sur la réforme de la justice en Tunisie...

Nizar Saghieh : Concernant la déontologie au Liban, cela a été fait par quatre grands juges sur la base des principes de Bangalore, mais ils ont omis tout ce qui concerne la liberté d'expression et d'association, pour tout mettre sur l'obligation de réserve. Début 2005, ils ont exposé cette charte sans qu'il y ait la moindre discussion là-dessus, sans qu'elle soit partagée par les juges. Quelles peuvent être les conséquences de cela ?

Je n'ai pas dit que je suis contre les petites réformes conduites dans tel pays, mais à condition qu'elles soient bien gérées et qu'elles aient une certaine vision. Je ne comprends pas par exemple comment la formation au Liban peut être assurée depuis plusieurs années par l'Europe, qu'il n'y a aucun cours sur les droits de l'homme ou la liberté d'expression, alors que c'est ça qui manque et qui n'a jamais été donné à l'Institut d'études judiciaires.

Si on veut être politiquement correct avec ces pays, on va se soumettre à leurs demandes, mais est-ce qu'on négocie réellement ? Dans les médias, les observatoires, on demande qu'il y ait une telle formation, est-ce que l'Europe va prendre comme prétexte que la société civile



demande cela pour changer ou rectifier les choses ? C'est cette question qui nécessite un réel débat, parce que tout ce qui concerne les réformes est fait par les bailleurs de fond. L'État ne considère pas qu'il doit affecter des ressources dans la réforme de la justice, même l'informatisation c'est pour les bailleurs de fond. Mais après avoir introduit l'informatisation, il faut bien qu'il y ait un budget annuel pour la maintenir sinon tout s'arrête.

Juge militaire, juge naturel, il n'y a qu'en Égypte que ce concept devient populaire. Par exemple au Liban, si vous parlez de juge naturel personne ne comprendra, c'est une notion technique qui n'est pas très connue. Par contre, le principe selon lequel des civils ne doivent pas être jugés devant un tribunal militaire est répandu dans plusieurs pays arabes et cela constitue, je pense, une des conséquences de ce mouvement révolutionnaire arabe sur le plan de la justice.

En Égypte, il y a une sensibilité particulière à l'égard des tribunaux militaires parce que de tout temps, et le pouvoir ne l'avait jamais caché, il a créé le tribunal militaire pour faire le travail à sa place. Comme ça on peut laisser une certaine indépendance à la justice civile, mais de l'autre côté il y a la justice exceptionnelle. Par contre, Ben Ali n'a pas fait la même chose, il voulait plutôt être en conformité avec les textes et avec l'Europe, c'était différent, mais il intervenait dans beaucoup plus d'affaires de justice que Nasser ou les autres.

La Constitution marocaine est très belle, mais est-ce que vous avez lu la loi de fin 2013 qui remet en cause beaucoup de principes déjà consacrés, par exemple en ce qui concerne la liberté d'association des juges. Les Constituants ont exigé un nombre minimum assez important, 300, pour les juges qui souhaitent créer une association. Le plus grave c'est qu'ils ont introduit un article pour dire que le juge, une fois sorti de l'Institut supérieur de la magistrature, doit rester juge temporaire pendant deux ans et peut être révoqué s'il est mal noté par ses supérieurs hiérarchiques, tout cela pour freiner les avancées du Club des magistrats. Concernant le principe d'inamovibilité, il y a encore plein de contours possibles, comme l'intérêt général etc. La lecture constitutionnaliste n'est pas suffisante, il faut savoir comment en pratique ces articles sont appliqués.

Pour le Yémen, vous avez eu une décision extraordinaire, celle de la Cour constitutionnelle qui a déclaré 34 articles non constitutionnels parce qu'ils remettaient en cause l'indépendance de la justice, mais depuis le rendu de ce jugement en avril 2013 rien n'a été fait, et je ne sais pas s'il y aura quelque chose de nouveau après ce dialogue national. Je pense qu'on s'oriente plutôt vers un schéma à la libanaise, les gens sont en train de se partager le pouvoir au sein du Conseil supérieur de la magistrature, de la même façon qu'au Liban, il y a maintenant une répartition confessionnelle.

Le Conseil libanais comporte dix membres, pour moitié chrétiens et pour moitié musulmans, et parmi les musulmans, il y a deux chiites, deux sunnites et un druze. Ils sont nommés par le pouvoir politique, mais ils représentent aussi les composantes de la vie politique libanaise. Lorsque quelque chose se prépare, chacun vient avec sa liste, le juge sunnite vient avec ce que demandent les chefs sunnites etc., tout cela au sein du Conseil supérieur de la magistrature. Je



schématise un peu, car il y a aussi des choses professionnelles qui entrent en jeu, mais c'est juste pour montrer à quel point ce partage existe, et je crois que c'est pareil au Yémen et en Irak. Le *power sharing* est en train de prendre forme au sein du Conseil supérieur de la magistrature dans ce pays, et ceci est très grave.

Si l'on parle des médias, on a vu dans les journaux de ce matin que le président du tribunal d'Al-Minya, qui a rendu la décision à propos des 529 condamnés à mort en Égypte, a présenté une plainte contre le bâtonnier d'Al-Minya, pour atteinte à l'honneur de la justice égyptienne. Il faut vraiment qu'il y ait beaucoup de travail pour avoir une relation plus saine entre la justice et les médias, cela devient une réelle nécessité, si on veut que la justice reprenne sa position sociale, qu'elle redevienne une priorité sociale.

Patrick Lopez-Terres, magistrat, attaché régional de coopération Justice : Je voudrais simplement, pour rebondir sur l'exposé de Monsieur Épineuse qui a parlé dans le cadre de la déontologie des trois principes de Bangalore, des trois « I » – indépendance, impartialité, intégrité –, rappeler du temps lointain où j'étais à l'École nationale de la magistrature, auditeur de justice encore, qu'à ces trois « I » nous ajoutons les deux « M », la modestie et la modération. C'est là-dessus que je voudrais revenir pour vous indiquer à titre d'information qu'en ce qui concerne le fameux article 6, depuis que la France a ratifié la Convention européenne des droits de l'homme, il y a eu 877 décisions qui concernaient des recours la mettant en cause. Dans ces 877 décisions, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'il y avait 646 violations dont 257 sur la question du procès équitable. C'est donc une réflexion permanente, et nous avons nous aussi des efforts à faire de notre côté.

La question de l'accès des femmes à la magistrature a été soulevée, qui est une question légitime. Je voudrais faire part d'une décision rendue par la Cour administrative d'appel du Koweït en janvier 2013, qui a considéré qu'il n'y avait rien qui interdisait l'accès de la magistrature aux femmes. Certaines contestaient cette interdiction puisqu'une jeune femme qui s'était présentée et qui avait vu son dossier rejeté, avait exercé les recours nécessaires avec de bons avocats. L'affaire est remontée jusqu'à la Cour administrative du Koweït qui a considéré qu'il pouvait y avoir un accès pour les femmes à la magistrature, ce qui a permis à la dernière promotion de comporter une majorité de femmes reçues au concours et qui sont maintenant à l'institut de formation du Koweït. La juridiction en question était présidée par trois magistrats étrangers détachés au Koweït, le président était marocain et les deux assesseurs étaient égyptiens.

Q : Pour en revenir au Maroc et en réponse à votre réflexion, je pense qu'il est difficile d'établir une gradation du succès des réformes conduites en général, et des réformes en matière de justice en particulier. Nous avons organisé à l'ambassade de France au mois de décembre dernier un symposium consacré à la conduite des réformes structurelles en France. À la fin de ces deux jours de réflexion, en matière de justice notamment, il est apparu que la France, si elle devait partager un *vade-mecum* de la conduite des réformes structurelles, la chose la plus simple serait de produire un *vade-mecum* des mauvaises pratiques, des écueils à éviter en matière de réformes structurelles et de la justice car nous avons éprouvé ces



dernières décennies quelques difficultés à mettre en œuvre les réformes – comment mettre en place une concertation, comment réformer la réforme etc.

En ce qui concerne la réforme de la justice au Maroc, je pense qu’avec la Charte sur la réforme de la justice, il y a quand même quelque 380 mesures qui sont prévues, c’est très ambitieux, mais je voudrais reprendre la phrase de mon ami Mahfod Ali Twati, on ne peut pas non plus tout révolutionner, tout faire en un jour, on ne peut pas aller plus vite que la musique. La réforme est en cours au Maroc, il y a un certain nombre de mesures qui sont prises, je vois cela au quotidien à Rabbat, mais il faut du temps.

CONCLUSION

Aiman Odeh

Avocat, ancien ministre de la Justice (Jordanie)

L’indépendance de la justice, condition du procès équitable

Je suis heureux de participer à ce colloque régional, qui se distingue par l’importance de son sujet et la qualité de son audience. Je remercie tous ceux qui ont participé à l’organisation de ce colloque, des différentes régions arabes et d’ailleurs, et en particulier l’Institut d’études sur le droit et la justice dans les sociétés arabes.

Le sujet de ce colloque – la notion de procès équitable – a en effet une importance particulière dans ce contexte précis de l’histoire de la communauté arabe, qui demeure dans l’attente du jour où le principe d’État de droit deviendra une réalité pratique et appliquée. Il n’est pas exagéré de dire que l’application véritable de ce principe est la plus importante garantie du droit à un procès équitable. En effet, le régime d’un État qui échoue dans la mise en œuvre de la garantie du droit au procès équitable est celui d’un État où le principe de primauté du droit n’existe pas.

En parlant du procès équitable, il ne suffit pas de traiter uniquement le processus des jugements et des procès, il faut aussi qu’il précède une analyse et un regard complet sur la justice dans toutes ses composantes, institutionnelles, personnelles, et sa place dans l’identité constitutionnelle de l’État. L’indépendance de la justice et la formation des magistrats sont les conditions centrales pour l’effectivité du procès équitable.

Tout d’abord, il faut signaler que la question de l’indépendance de la justice a fait l’objet, ces quinze dernières années, de plusieurs recherches et de révisions dans les pays arabes et les pays occidentaux, comme dans la loi sur la réforme constitutionnelle britannique de 2005 ou les amendements constitutionnels français de 2008.

En effet, le besoin des pays arabes d’approfondir leurs recherches et de réviser cette thématique devient aujourd’hui une nécessité, surtout après les changements politiques et



sociaux que certains d'entre eux ont connus ces dernières années, des changements qui ont parfois mené à de réels conflits entre institutions dans un même État.

Lorsqu'on ne parvenait pas à résoudre ces conflits, quelques politiciens prenaient l'initiative de les transférer devant la Cour constitutionnelle ou la justice pour trancher sans se soucier de savoir si la nature de ces conflits relève du champ de compétence de la Cour constitutionnelle ou des tribunaux judiciaires. Ce qui a eu pour conséquence d'introduire la Cour constitutionnelle et les tribunaux dans les affaires politiques, accompagnés de tous leurs inconvénients. Cela a remis en cause, dans certains cas, l'indépendance et l'impartialité de la justice et, par ailleurs, soulevé des interrogations sur le rôle des cours constitutionnelles dans les pays arabes.

D'un autre côté, de nombreux pays arabes ont souffert de pouvoirs exécutifs dictatoriaux pendant de nombreuses années. Après la chute de ces régimes, une nouvelle volonté est née au sein des centres de pouvoir de récupérer la plus grande part des privilèges dont avaient bénéficié les régimes déchus. Les parlements cherchent plus de privilèges et compétences constitutionnelles, on entend parfois que la justice cherche également à élargir ses compétences.

Même s'il est possible pour le parlement d'avoir plus de pouvoir, la justice doit être méfiante dans ce qu'elle cherche à obtenir en termes de compétences et privilèges qui outrepasseraient ses attributions. Il faut que la justice se place au-delà de toutes sortes de compétences ou privilèges susceptibles de la remettre en cause.

D'autre part, là où il y a eu des régimes dictatoriaux, il y a toujours eu un ministre de la Justice qui possédait des compétences élargies dans les affaires judiciaires, qu'il soit ou non, président du Conseil supérieur de la magistrature. Dans la plupart des cas, ces compétences englobent le recrutement des juges, leur promotion ou leur mise à la retraite. Il est vrai que dans plusieurs pays arabes la justice a longtemps souffert de compétences élargies des ministres de la Justice. Mais je ne pense pas que la solution réside dans le transfert des pouvoirs du ministre à une autre personne, même si cette personne est le président de la plus haute autorité judiciaire du pays. Le problème réside dans les pouvoirs personnalisés, peu importe qui les détient. Si un juge les détient et les exerce mal, cela peut mener à des crises pires que ce qui peut arriver avec un ministre de la Justice. En effet, ce dernier est soumis au contrôle parlementaire tandis que le juge ne l'est pas et d'ailleurs ne devrait pas l'être.

Bien évidemment, la solution n'est pas de laisser ces pouvoirs élargis entre les mains du ministre de la Justice mais d'exercer la plupart de ces pouvoirs collectivement, à travers des comités ou des conseils prévus par la loi. La participation de personnalités extérieures à la magistrature dans ces comités ou conseils ne menace pas l'indépendance de la justice, surtout si ces personnalités ne sont pas issues du gouvernement. Cela augmenterait au contraire la transparence et l'impartialité, comme c'est le cas en Angleterre, en France et dans de nombreux autres pays.



Par ailleurs, après une révolution et le départ d'un régime autoritaire, il est possible de se demander si le personnel de la justice ne devrait pas être remis en cause, puisque ces personnes ont été admises, promues et mutées pendant cette période de gouvernement autoritaire.

Selon moi, la réponse est négative : il est en effet impossible de dissoudre le pouvoir judiciaire, ce qui pourrait avoir des conséquences chaotiques sur la société. Mais il faudrait éviter que la justice s'enferme sur elle-même et au contraire qu'elle s'ouvre à la participation de personnes extérieures à la magistrature, au gouvernement et au parlement dans la gestion des affaires judiciaires par le biais de ces comités et conseils, et ce, à travers une procédure transparente et publique.

Il est également nécessaire, qu'il y ait eu ou non une révolution, d'établir des critères rigoureux pour la transparence et l'impartialité et de les appliquer effectivement à l'ensemble du pouvoir judiciaire. De même pour l'inspection judiciaire qui devrait avoir sa compétence, son indépendance et son impartialité pour qu'elle puisse assurer son rôle, sans pour autant s'enfermer sur elle-même. Il faudrait en effet que cette procédure dans tous ses détails soit prévue par la loi et non pas par les règlements intérieurs des institutions ou règlements administratifs.

Après cette présentation générale, je souhaiterais traiter quelques points et éléments précis qui concernent la justice et les caractéristiques de son indépendance, qui représente une condition essentielle du procès équitable.

I. La nomination des magistrats :

A été énoncé, en 2002, dans l'article 3 du chapitre 4 d'un des guides des droits de l'homme, consacré aux juges, aux procureurs et aux avocats, rédigé par le Haut-commissariat des Nations unies pour les droits de l'homme, en collaboration avec l'Union internationale des avocats, ce qui suit :

”وبالرغم من أن الطريقة التي يتم بها تعيين القضاة، على سبيل المثال، تختلف من بلد إلى آخر إلا أن استقلالهم بما يتعرض للخطر حيثما يكون تعيينهم بقرار يتخذه الجهاز التنفيذي أو الجهاز التشريعي دون سواهما أو حتى عندما ينتخبون³³.”

En ce moment, dans une majorité de pays arabes, l'orientation est que la nomination des magistrats ait lieu sans la participation de parties extérieures à la magistrature. Ils vont même jusqu'à dire que cette pratique est la base de l'indépendance de la justice. Personnellement, je n'ai vu aucune conférence ou déclaration dans laquelle on a évalué l'efficacité de cette orientation et si elle garantissait l'indépendance de la justice.

³³ « Malgré les modes de nomination des magistrats, qui diffèrent à titre d'exemple d'un pays à un autre, l'indépendance des juges peut être menacée lorsque la nomination a lieu par une décision législative ou exécutive, ou même lorsqu'ils sont élus »



Cette position a besoin d'être étudiée voire révisée pour savoir si elle mènera réellement, d'une part, à l'indépendance et la transparence de la justice, et d'autre part, à son efficacité. Pour ces raisons j'estime nécessaire de souligner ce qui suit :

- Dans les principes de bonne gouvernance, un pouvoir ne nomme pas ses membres. Le parlement ne nomme pas ses membres, le gouvernement ne nomme pas ses ministres sans la confiance d'une autre institution.
- Au regard du principe de l'indépendance de la justice de 1985 de l'Organisation des Nations Unies, on ne trouve aucune preuve que le pouvoir judiciaire nomme ses membres.
- Selon la loi sur la réforme constitutionnelle britannique de 2005, la nomination des magistrats devient la compétence exclusive du comité pour la nomination judiciaire, composé de quinze membres, parmi lesquels des juges, des avocats et six personnes non professionnelles dont l'un préside ce comité.
- Depuis la réforme constitutionnelle de 2008 en France, le ministre de la Justice a gardé un rôle principal dans le processus de recrutement des juges tout en ayant une recommandation obligatoire du Conseil supérieur de la magistrature, c'est-à-dire qu'en France, on ne peut pas nommer de nouveaux magistrats sans l'accord du CSM et du ministre de la Justice.
- Aux États Unis, la nomination des magistrats fédéraux se fait par le Président avec l'accord du Sénat et sans aucune participation ou ingérence d'un juge.

De même, il est nécessaire de poser les questions suivantes pour étudier et réviser cette orientation selon laquelle les magistrats se nomment entre eux dans la plupart des pays arabes :

- Est-ce que cette position peut mener à ce qu'un petit groupe de hauts magistrats impose sa domination sur le Conseil supérieur de la magistrature à laquelle l'appartenance est uniquement réservée aux juges ?
- N'y aurait-il pas des doutes légitimes sur le fait que ce petit groupe de hauts magistrats ne finisse par nommer leurs proches et amis sur des critères politiques, religieux ou de race, entraînant ainsi une évacuation possible des critères de compétence ?
- Ne serait-il pas plus judicieux et prudent de diversifier et d'élargir le cercle des participants à la nomination des magistrats et la participation de personnes extérieures à l'ordre judiciaire et au gouvernement ?
- Si la participation de personnalités extérieures à la nomination des magistrats portait atteinte à l'indépendance de la justice, pourquoi cela n'a pas été remis en cause au moment de la réforme britannique de 2005 et française de 2008 ?



- Est-il nécessaire d'introduire des personnes extérieures à la magistrature dans le processus de nomination des magistrats ? Est-ce plus urgent dans les pays arabes au sein desquels il est difficile de dire que les mutations et les nominations qui ont eu lieu ces dernières années ont été effectuées dans des circonstances conformes à la compétence, la transparence ainsi qu'à la neutralité dans les conflits de nature politiques, de race, de religion et loin de toute ingérence ?
- Est-il juste de continuer à dire que la loyauté du juge, après sa nomination, serait envers la personne ou l'entité qui serait à l'origine de son affectation ? Serait-il plus juste de dire que la loyauté du juge, au moment de sa nomination, serait envers l'entité qui a vocation à transférer ou détacher un juge, sans conditions ni restrictions, ou envers celle qui a l'autorité de le révoquer ou le licencier ?

À partir de ces questions je dirais clairement :

- Que la participation de personnes extérieures à la magistrature dans le processus de sélection des juges et de leur nomination ne porte aucunement atteinte à l'indépendance de la justice.
- En revanche, ce qui porte atteinte à l'esprit même de la justice c'est la présence d'une autorité ayant le pouvoir de transférer ou détacher le juge sans condition ou restriction ou ayant le pouvoir de révoquer ou licencier le juge avant qu'il n'atteigne l'âge de la retraite ou pour des raisons autres que médicales ou disciplinaires – même s'il s'agit du Conseil supérieur de la magistrature.

Sur cette base, je ne me contenterai pas de dire que la participation de personnalités extérieures à la magistrature au processus de nomination des magistrats ne porte aucune atteinte à l'indépendance de la justice. Je pense que la sélection des juges uniquement par eux-mêmes, sans participation de personnes extérieures, mènera en effet à une situation de contrôle par un petit groupe de hauts magistrats sur toutes les affaires de la magistrature, ce qui pourrait porter atteinte à l'indépendance individuelle des juges. Je crains que cela ait d'autres répercussions négatives sur le long terme, notamment sur la justice, que ce soit pour l'intégrité et l'impartialité du métier ou de l'efficacité, ébranlant les bases du procès équitable.

En parallèle, et à la lumière de la crainte légitime de conserver le rôle du ministre de la Justice dans le processus de sélection et de nomination des juges, il est possible de confier ce processus à un comité de sélection encadré par la Constitution même ou par la loi qui en découle concernant sa formation. Ainsi, des personnes externes indépendantes et qualifiées y participeraient aux côtés des juges, que ce soit parmi les anciens fonctionnaires du secteur public ou des professeurs d'université ou des membres des syndicats ou d'associations professionnelles ou d'autres personnes compétentes en la matière.



Cette tendance est en croissance constante dans de nombreux pays, à savoir la participation de citoyens dans le processus de sélection des magistrats qui ne sont ni juges ni avocats ni fonctionnaires publics.

II. Le principe d'inamovibilité et de continuité du mandat des juges

S'il est naturel que la majorité des députés ou le gouvernement changent périodiquement, ce type de changement radical est contraire à la nature même du pouvoir judiciaire. La continuité de l'État n'est pas remise en cause même en cas de dissolution du Parlement ou de changement du gouvernement. Il est cependant impossible de dissoudre l'ordre judiciaire d'un État même en cas de révolution aboutissant à un changement du régime. De manière générale, une des caractéristiques les plus fondamentales de la justice est la constance et la stabilité, y compris celles des juges dans leur fonction et leur mandat judiciaire.

La loyauté d'un juge n'est pas envers l'entité qui l'a nommé, dont le rôle a pris fin au moment de la publication du décret de sa nomination, mais envers celle qui a le pouvoir de le détacher ou de le transférer sans conditions ou restrictions, ou qui a le pouvoir de le révoquer ou de le licencier avant qu'il n'atteigne l'âge de la retraite. Ceci signifie qu'il n'existe pas une véritable indépendance du juge tant qu'il existe une entité ayant la compétence de le détacher sans condition et restriction claire, déterminée et encadrée par la loi.

De plus, il n'existe pas une véritable et effective indépendance du juge s'il existe une entité qui a le pouvoir de le révoquer ou de mettre un terme à ses services pour une raison autre que médicale ou disciplinaire ou le fait d'avoir atteint l'âge de la retraite, même s'il s'agit du Conseil supérieur de magistrature.

L'importance de cette question et son influence sur l'indépendance conduisent à approfondir l'étude des deux questions suivantes : la mutation et le détachement d'un juge ; sa révocation ou son licenciement. S'agissant du détachement ou de la mutation d'un juge, à quoi servira l'indépendance institutionnelle, financière et administrative du pouvoir judiciaire, comme le proclame de nombreuses organisations de la société civile, si le juge a la crainte d'être muté ou détaché à n'importe quel moment. Est-ce que la mutation ou le détachement serait un problème si elle était exercée par le ministre de la Justice et ne le serait pas si elle était exercée par le président de la plus haute autorité juridique de l'État ? Serait-il admissible aussi que ces opérations se fassent par le Conseil supérieur de la magistrature sans aucune réglementation ?

À cet égard, il faut mentionner l'article 107 de la dernière Constitution tunisienne qui énonce clairement : « *Le magistrat ne peut être muté sans son accord, et il ne peut être révoqué ni suspendu de ses fonctions et ne peut subir de sanction disciplinaire que dans les cas et selon les garanties formulées par la loi et par décision motivée du Conseil supérieur de la magistrature.* » Selon mes modestes connaissances, je ne me souviens pas avoir lu ce texte dans aucune autre constitution arabe.



L'inamovibilité des juges est à mon sens la clé de voûte de l'indépendance de la justice. Elle a la primauté sur toute autre immunité ou garantie sans exception et elle est même plus importante que la présence du CSM. Je crois qu'il y aurait de nombreux problèmes dans l'application de ce texte surtout qu'il est difficile de dire que les nominations et les mutations judiciaires dans plusieurs pays arabes ces dernières années ont eu lieu dans des circonstances exemplaires et bien réglementées. Pour cette raison, je soutiens personnellement le principe de l'inamovibilité mais pour des nécessités pratiques et pour une période de transition, je propose que son application se fasse selon les étapes suivantes :

- Durant la première phase du service judiciaire (dix ans par exemple) : il serait admissible de muter le juge selon l'avis du CSM.
- Durant la phase intermédiaire du service judiciaire (après dix ans par exemple) : il serait possible de muter le juge après avoir passé un certain nombre d'années minimum dans un poste précis, sauf s'il donne son accord pour être transféré avant.
- Durant la phase postérieure au service judiciaire (après vingt ans par exemple) : il n'est plus possible de transférer le juge sans son consentement quelles que soient les raisons.

S'agissant du détachement provisoire d'un magistrat, la loi est censée encadrer cette période par un nombre déterminé de semaines durant une même année. S'agissant de la révocation et du licenciement des juges, il est naturel d'immuniser le juge de la révocation jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de la retraite ou pour des raisons médicales ou disciplinaires.

Concernant les raisons disciplinaires, il faut qu'elles soient déterminées par la loi qui devrait définir sa procédure en détail. La même loi peut aussi traiter de sanctions de révocation en cas de certaines irrégularités et en tout état de cause, la décision finale de révoquer un juge devrait émaner ou au moins être ratifiée, par le CSM.

J'affirme que l'existence d'une quelconque possibilité de révoquer ou mettre un terme au mandat d'un juge avant l'âge de la retraite ou pour des raisons médicales ou disciplinaires mènent en effet à porter atteinte à l'indépendance individuelle du juge, même si cette décision émane du CSM.

III. La formation du Conseil supérieur de la magistrature (CSM)

La question de la formation du CSM nous mène à étudier deux questions fondamentales : la présence de membres extérieurs à la magistrature au sein de CSM ; l'élection de juges pour devenir membre du CSM. Les orientations récentes montrent que le fait de réserver le CSM uniquement aux juges n'est pas dans d'intérêt de l'indépendance de la justice. En effet, en vertu des amendements constitutionnels de 2008 en France, le CSM est composé de quinze membres dont la majorité ne sont pas magistrats.



Il est nécessaire de mentionner la Constitution tunisienne, qui a récemment été adoptée et qui énonce dans son article 112 que le tiers du CSM est composé de « non magistrats indépendants parmi les spécialistes ». Encore une fois, selon mes modestes informations, je ne me souviens pas avoir lu un texte semblable dans une autre constitution arabe.

À mon avis, limiter l'appartenance au Conseil aux magistrats eux-mêmes, comme le souhaitent de nombreuses organisations de la société civile et certains juristes, mènera en réalité à une situation où un petit nombre de hauts magistrats contrôlerait totalement les décisions qui concernent les magistrats, ce qui pourrait porter atteinte à l'indépendance des juges. Et je répète qu'il faut éviter l'autorité individuelle lorsqu'il s'agit de la gestion de l'organisation judiciaire.

De ce fait, et afin d'éviter l'autorité individuelle et de respecter les normes d'efficacité, et pour des considérations de transparence et d'impartialité, il est nécessaire et indispensable de faire participer des non juges dans l'organisation du CSM, comme c'est le cas actuellement en Tunisie, en France, et dans certains autres pays. D'autre part, à ma connaissance, en France, les juges membres du CSM sont élus. J'ai remarqué à la lecture de l'article 112 de la dernière Constitution tunisienne que la majorité des membres du CSM sera composée de « juges dont la majorité est élue ».

À mon humble avis, avoir recours aux élections dans la formation du CSM peut ne pas être un aspect positif pour la compétence et l'efficacité de la justice. De plus, je crains qu'il ne porte atteinte sur le long terme à la transparence, l'indépendance et l'intégrité de la justice. Quel que soit notre position à ce sujet, l'élection est un processus politique qui nécessite que le candidat fasse sa publicité, qu'il attire des partisans et qu'il explique son programme électoral et cherche à communiquer avec ses potentiels électeurs.

La question légitime qui se pose est la suivante : est-ce que certains magistrats accepteraient d'effectuer de telles pratiques électorales ? Personnellement je pense que c'est possible, et je crains que ce mode de sélection par voie électorale mène à l'éloignement d'un certain nombre de hauts magistrats d'être membre des Conseils de magistrature malgré la nécessité de leur présence.

En revanche, l'adoption du mode de sélection par voie électorale pourrait donner la possibilité à certains magistrats d'accéder à des postes politiques. Les magistrats devraient tâcher de s'éloigner le plus possible de telles pratiques. La politique devient une malédiction si elle se mêle de la justice. Je crains qu'avec l'introduction du mode électoral pour la sélection des membres du CSM, l'on ait introduit la malédiction politique au cœur même de la maison de justice. J'espère que cette crainte est fausse.



IV. L'inspection judiciaire

Parmi les constantes du travail judiciaire, l'on retrouve le double degré de juridiction. Sans ce principe, la justice équitable et intègre serait un rêve difficile à atteindre et le principe de l'indépendance de la justice n'aurait pas gagné du terrain ni vu ses partisans croître en nombre. Le fondement du principe de double degré de juridiction suppose que le juge reste une personne susceptible d'avoir tort, et même de commettre des erreurs. Le simple fait d'avoir nommé un juge n'entraîne pas forcément un changement de sa personnalité ou de ses mœurs qui découlent de son éducation ou qu'il a choisies pour lui-même. Pour cette raison, les législations et la pratique se sont constituées sur la base de la non-ingérence dans le travail d'un juge lorsqu'il émet sa décision tant qu'il y a possibilité de faire appel de son jugement devant une plus haute instance juridique.

Récemment, on a vu des orientations internationales qui tendent vers l'application de plus hauts critères de transparence, d'intégrité et de publication à l'ensemble des autorités publiques et d'entités morales dans un État. Il n'est donc pas justifié d'écarter ces normes des juges. Cela reste une réalité tant que le juge peut avoir tort ou raison, qu'il est susceptible de commettre des erreurs et tant que l'indépendance de la justice reste une condition *sine qua non* pour la primauté du droit et pour la garantie du procès équitable. Toute discussion au sujet de l'indépendance de la justice et de son immunité devrait aller de pair avec une discussion sur la présence de garanties de transparence et d'intégrité de la justice ainsi que de l'existence de systèmes d'inspection judiciaire et de procédures disciplinaires véritablement efficaces en la matière.

Ces dernières années, un grand intérêt a été porté, dans un certain nombre de pays, à la vérification de l'efficacité de l'inspection judiciaire et de ses normes appliquées. À ce sujet, il convient de mentionner qu'il existe une tendance générale, dans certains pays arabes, selon laquelle, parmi les conditions de l'indépendance de la justice, l'inspection judiciaire devrait être menée par les juges eux-mêmes sans l'intervention d'aucune partie extérieure. Au vu de cette tendance générale, il est nécessaire de mentionner ce qui suit :

- Suite aux réformes constitutionnelles britanniques de 2005, le plus haut poste judiciaire en Angleterre et en Ecosse est devenu le sommet de la pyramide de la justice. Il partage les responsabilités avec le conseiller juridique – ministre de la Justice – en matière disciplinaire à l'égard des juges, et ce malgré la position de certains consistant à dire que la participation d'un ministre du gouvernement dans ces affaires disciplinaires est contraire au principe de l'indépendance de la justice. Cependant, le but de ce système de binôme est d'enlever toute crainte. De plus, il garantit la non-responsabilité des juges pour des raisons politiques.
- En France, l'inspecteur général est nommé par décret présidentiel sans aucune recommandation du CSM. Par ailleurs, le ministre de la Justice joue un rôle majeur dans l'inspection judiciaire et dans les affaires disciplinaires. Il lui est possible de demander à la cellule d'inspection judiciaire de mener une enquête sur un juge ou un membre du



parquet qui peut également être ouverte sur la propre initiative de celle-ci, ou suite à une plainte déposée. Il possède par ailleurs la compétence de renvoyer le juge ou le membre du parquet devant le conseil disciplinaire qui est formé par le CSM.

- De même, il existe une opinion publique, croissante dans certains pays, qui affirme que le règne total du judiciaire sur les affaires disciplinaires et d'inspection rend difficile l'application des sanctions disciplinaires, ce dont peut résulter un manque de confiance de la société en la justice et l'équité de ses jugements.

Par conséquent, il me semble très urgent que le judiciaire n'ait pas le plein pouvoir de l'inspection judiciaire dans plusieurs pays arabes surtout qu'il est difficile de dire que le processus de nomination et de mutation de magistrats a eu lieu ces dernières années sur des critères objectifs de transparence, d'impartialité et de compétence pratique, loin des conflits politiques, confessionnels et raciaux.

V. Les affaires administratives et financières

L'orientation pratiquée dans un certain nombre de pays arabes consiste en la réalisation de l'indépendance financière et administrative de la justice. Certains appellent à déléguer au CSM la fixation des salaires et des droits financiers des magistrats. Je pense que cette orientation n'aide pas à l'indépendance de la justice. Si elle était adoptée et appliquée, elle mettrait les juges dans une position suspecte et critiquable en fonction des décisions administratives et financières. En conséquence, cette orientation pourrait nuire à la réputation et à la place des juges de façon irréversible.

Je soutiens cette position sur la base des points suivants :

- Dans la plupart des pays européens et du système anglo-saxon, aucun État ne délègue au CSM le pouvoir de prendre, individuellement, une décision qui concerne le budget de la justice, les salaires des juges et les autres droits financiers.
- En Angleterre et plus précisément en Ecosse, le budget du judiciaire et des juridictions est une partie du budget général du ministère de la Justice. Concernant les salaires du personnel de la justice, ils sont fixés selon les recommandations du Haut Conseil de révision des salaires de l'État, une autorité générale qui présente ses recommandations au gouvernement concernant les salaires des juges, des hauts fonctionnaires et des militaires.
- En France, le Parlement décide du budget global du ministère de la Justice et englobe les salaires des juges et des procureurs qui, d'habitude, se rapprochent des salaires des hauts fonctionnaires de l'État (comme les professeurs d'université et les militaires).
- Dans de nombreux pays, le ministère de la Justice s'occupe des affaires financières et administratives, sans que cela soit considéré comme une atteinte à l'indépendance de la justice.



A la lumière de la bonne gouvernance dans de nombreux pays, il me semble nécessaire que la justice ne décide pas des droits financiers de ses membres ou des privilèges de ces derniers. Il me semble également nécessaire que les juges ne s'occupent pas des affaires financières et administratives qui concernent les tribunaux puisque ces affaires ne doivent pas être attribuées à une entité qui n'est pas soumise à la supervision du gouvernement, aux médias. Et s'il n'est pas juste que la justice se charge des affaires financières et administratives sous la supervision des autorités parlementaires, médiatiques et des comptes ou toute autre forme de supervision, il serait encore plus grave qu'elle accepte de traiter ces affaires sans supervision.

Dans cette même perspective, il serait préférable à la lumière de considérations éthiques et morales qu'un budget propre soit dédié au CSM, en lui accordant la possibilité d'obtenir les ressources humaines dont il a besoin. En d'autres termes, ce budget et ces affaires administratives et financières doivent être limités au fonctionnement du CSM.

En conclusion, l'orientation actuelle dans plusieurs pays arabes est celle selon laquelle l'indépendance totale de la magistrature sera réalisée par les conditions suivantes :

- Que le CSM soit responsable de la politique générale de l'organisation de la justice et de l'application des programmes nécessaires de réforme et de développement.
- Que la nomination des magistrats, dans toutes ces étapes, soit limitée au sein du CSM, sans y associer d'autres entités non judiciaires.
- Que l'inspection judiciaire soit limitée au CSM sans la participation d'autres entités extérieures à l'ordre judiciaire.
- Que l'ordre judiciaire soit indépendant pour la nomination de son appareil administratif et de ses fonctionnaires dans les différentes juridictions.
- Que l'appareil judiciaire ait un budget complètement indépendant du budget du ministère de la Justice et qu'il y ait une seule ligne budgétaire dans le budget général de l'État concernant la justice.
- Que l'ordre judiciaire s'occupe de l'administration des tribunaux.

Naturellement, la question de la participation de « non magistrats » en tant que membre du CSM n'est pas soulevée.

Il me semble que si l'on adopte ces conditions et ces positions et que l'on commence à les appliquer, cela mènerait à un gouvernement judiciaire au sein de l'État pour administrer l'ordre judiciaire. Le CSM deviendra comme un conseil gouvernemental pour l'administration de l'ordre judiciaire, pour l'exercice de compétences présidentielles au sein de la magistrature. Et je crains que ceci porte atteinte au principe d'indépendance de la justice.



En ce sens, il est nécessaire d'insister sur la détermination et ce qui relève, ou pas, des compétences du CSM. En parallèle, il conviendrait de renforcer l'immunité des magistrats, qui doit être garantie par des textes juridiques et non pas par de simples décisions émanant du CSM.

Dans cette même perspective, j'adresse les interrogations suivantes :

- Est-ce que ces orientations qui concernent les affaires administratives et financières en Angleterre ou en France sont un exemple à suivre ? Sont-elles contraires aux amendements de la réforme britannique de 2005 et à la réforme constitutionnelle de 2008 en France ?
- Les appareils administratifs des tribunaux ainsi que leurs bâtiments en Angleterre et en France relèvent-ils de la responsabilité du ministère de la Justice ou de celle d'une entité judiciaire ?
- Ces orientations proposées dans les pays arabes existent-elles ou du moins sont-elles acceptables dans la plupart des pays européens ou dans le système anglo-saxon ?
- Dans quel pays du monde le budget de la justice représente-t-il une seule ligne budgétaire dans le budget global de l'État ?
- Dans quel pays délègue-t-on au CSM le pouvoir de décider des privilèges et droits financiers accordés au juge ?

En résumé, j'affirme que durant ces vingt dernières années, des notions erronées relatives à l'indépendance de la justice ont été prises en compte. En effet, une mauvaise compréhension de ses principes fondateurs peut nuire, à long terme, à la justice et à son indépendance. J'espère que cette conférence régionale mènera à une recommandation consistant à instaurer une initiative régionale ou internationale aboutissant à une déclaration d'éthique et de déontologie pour l'indépendance de la justice et des juges.

Ce dont nous avons besoin, ce n'est pas d'une déclaration des principes d'indépendance de la justice, que ce soit du point de vue de l'impartialité, de la transparence, de l'objectivité ou de la compétence. Au contraire, nous avons besoin d'une déclaration sur la pratique loyale de la justice dans l'objectif de soutenir les nouvelles recrues de l'ordre judiciaire, ce qui mènera à la réalisation de l'indépendance véritable de la justice et du juge et qui garantit l'application des plus hauts critères de transparence, d'objectivité et d'impartialité. Cette déclaration augmentera par ailleurs la compétence et la pratique dans les tribunaux et dans le travail judiciaire, ce qui réalisera et soutiendra les garanties du procès équitable. Nous avons besoin de cette déclaration surtout en cette période où nous sommes en train de réviser les constitutions arabes et les lois qui règlent les affaires de la justice et des tribunaux.





4^{ème} CONFÉRENCE
RÉGIONALE
DES JURISTES
FRANCOPHONES
TUNIS 2014

LA CLÉ DE LA CONFIANCE DANS LA JUSTICE

Ahmed Mahiou

Ancien doyen de la Faculté de droit d'Alger, ancien directeur de l'IREMAM, membre de l'Institut de droit international (Algérie)

*L'indépendance au cœur du procès équitable : l'expérience de l'Algérie**

Je voudrais aborder le problème du procès équitable par le biais du principe et de la pratique de l'indépendance de la justice en partant de l'expérience algérienne puisque c'est celle que je connais le mieux³⁴. Il me semble, en effet, que la perception de la justice se cristallise autour de son indépendance, même si d'autres éléments peuvent aussi avoir leur importance. La justice algérienne est à la fois ancienne et jeune. Elle est ancienne dans la mesure où elle a reçu en héritage le système juridictionnel français vieux d'au moins deux siècles ; elle est jeune dans la mesure où le système algérien proprement dit date du lendemain de l'indépendance et plus précisément du début des années 1960. Aussi convient-il de rappeler d'abord brièvement le legs laissé par la France (I), puis le refus d'un pouvoir judiciaire par l'Algérie indépendante (II), ensuite la tentative avortée de reconnaissance d'un pouvoir judiciaire (III) et, enfin, l'état actuel de l'indépendance de la justice en Algérie (IV).

* Certains éléments de cette communication s'inspirent d'une précédente étude publiée dans les Mélanges en l'honneur du professeur Mohand Issad (*L'exigence et le droit*, Alger, AJED, 2011).

³⁴ Sur le problème plus général de la justice au Maghreb, voir notamment l'*Année du Maghreb* qui a consacré, sous la direction d'Y. Ben Achour et E. Gobe, le numéro de 2007 au thème portant sur « Justice, politique et société en Afrique du Nord ». Dans ce même numéro, voir aussi les contributions portant sur l'Algérie (L. Aslaoui, « Témoignage. Justice : pouvoir ou fonction judiciaire ? », pp. 135-140 et C. Bennadji, « De l'ambiguïté des rapports entre le président de la République et le pouvoir judiciaire en Algérie : de l'usage de la formule « le président de la République, Premier magistrat du pays », pp. 155-162).

I. Le legs français

Comme on vient de le signaler, le système juridique algérien est très largement un héritage du système français³⁵ et l'on sait que celui-ci ne reconnaît pas vraiment l'existence d'un pouvoir judiciaire contrairement à d'autres modèles, notamment le modèle anglo-saxon. Celui-ci est caractérisé par une séparation assez stricte entre les pouvoirs (législatif, exécutif et judiciaire), empêchant normalement une immixtion de l'un d'entre eux dans l'accomplissement de la mission des deux autres. C'est le fameux schéma des « *checks and balances* » qui demeure toujours le principe d'organisation et de fonctionnement du système constitutionnel américain, où les pouvoirs sont répartis entre des corps autonomes sur le plan organique et fonctionnel, même si un certain nombre d'interférences ou de limitations existent qui atténuent le caractère strict de la séparation des pouvoirs, mais sans remettre en cause celle-ci³⁶.

En France, si les premières constitutions reconnaissent l'existence d'un pouvoir judiciaire et se sont efforcées de prévoir les voies et moyens d'assurer l'indépendance de la magistrature³⁷, les suivantes ont rompu avec cette tradition, soit en restant silencieuses sur la justice, soit en parlant d'autorité – et non de pouvoir – judiciaire. L'actuelle Constitution, celle de la Ve République, se situe dans cette tradition, avec un titre VIII assez révélateur par son intitulé puisqu'il se réfère à « l'autorité judiciaire » et non au pouvoir judiciaire. Par ailleurs, elle fait du président de la République le « garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire » (article 64), ce qui réintroduit sinon la prééminence, du moins l'influence du pouvoir exécutif³⁸. Ce faisant, elle effectue un retour à la tradition du droit public français qui reconnaît le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires et non celui de la séparation des pouvoirs. On sait, par ailleurs, que c'est par méfiance à l'égard des immixtions des anciens parlements de la période monarchique que les révolutionnaires de 1789 ont voulu empêcher les tribunaux judiciaires de connaître de l'activité administrative, en édictant la fameuse loi des 16 et 24 août 1790, selon laquelle « *les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives* »³⁹. C'est sur cette base que la

35 Cf. A. Mahiou « Rupture ou continuité du droit en Algérie », *Revue algérienne des sciences juridiques, politiques et économiques* (ci-après *R.A.S.J.E.P.*), 1982, n° spécial, pp. 107 et s. Sur la justice de la période coloniale voir C. Collot, *Les institutions de l'Algérie durant la période coloniale: 1830-1962*, éd. du CNRS, 1987; Association française pour l'histoire de la justice, *La justice en Algérie 1830-1962*, Documentation Française, 2005; S. Thénault, *Une drôle de justice: les magistrats dans la guerre d'Algérie*, La Découverte, 2001; C. Bontems, « Les origines de la justice administrative en Algérie », *R.A.S.J.E.P.*, 1975, p. 277.

36 Voir les éléments suivants : la procédure d'impeachment permet au Congrès de mettre en cause le Président ; les membres de la Cour suprême sont nommés par le Président ; le veto présidentiel peut être opposé aux décisions du Congrès ; la nomination de certains collaborateurs du Président est soumise à l'approbation du Sénat.

37 Les constitutions de 1791, 1795 et 1848 posent le principe selon lequel le pouvoir judiciaire ne peut être exercé par le pouvoir législatif ou le pouvoir exécutif et, en outre, les juges sont inamovibles.

38 Le fondateur de la Ve République, le général de Gaulle, a clairement explicité la conception ayant présidé à l'organisation des pouvoirs publics dans une conférence de presse en disant : « *Il doit évidemment être entendu que l'autorité indivisible de l'État est confiée tout entière au Président par le peuple qui l'a élu, qu'il n'en existe aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire qui ne soit conférée et maintenue par lui.* »

39 La loi ajoute : « *Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions* ». On constate donc qu'il s'agissait surtout d'assurer l'indépendance des autorités exécutives vis-à-vis des autorités judiciaires et non l'inverse. On s'éloigne de la vision d'un Montesquieu pour qui « *il n'y a point de liberté... si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive* » (*Esprit des lois*, 1748) ou



France a mis en place toute une organisation juridictionnelle administrative spécialisée dans l'examen des recours visant l'administration, qu'il s'agisse de contester la légalité de ses actes ou de mettre en jeu sa responsabilité. Pendant longtemps, d'ailleurs, il y avait une certaine confusion entre les juridictions administratives et l'administration. En effet, au premier niveau de l'organisation de la justice administrative, celui des conseils de préfecture – qui avaient précédé les tribunaux administratifs –, les fonctions de magistrats étaient purement et simplement exercées par des membres des services administratifs des départements.

Cette organisation de la justice a été progressivement étendue au territoire algérien considéré comme un ensemble de départements français, bien qu'il ait toujours subsisté une certaine spécificité ou particularité du statut de l'Algérie. Dans le domaine de la justice, cette spécificité s'est manifestée par le code de l'indigénat qui instaurait un régime d'exception pour les habitants « autochtones » de l'Algérie, avec l'instauration d'une justice qui s'applique aux seules personnes définies comme « indigènes » et qui s'écarte des principes généraux du droit français, en permettant à de simples administrateurs de communes mixtes de prononcer des sanctions pénales, sans respect des droits de la défense ni possibilité d'appel. Le code de l'indigénat a terni la notion de justice dans l'esprit des populations algériennes qui l'ont perçue comme une institution au service de la colonisation faisant fi de leurs droits les plus élémentaires. Avec la disparition du code de l'indigénat, le particularisme du statut de l'Algérie ne cesse de s'éroder, au point que, à la veille de l'indépendance, il y a eu paradoxalement une extension complète du système « métropolitain », établissant ainsi une forme d'intégration juridictionnelle, voire d'assimilation entre la France et l'Algérie.

II. L'indépendance de l'Algérie et le refus d'un pouvoir judiciaire

En devenant indépendante, l'Algérie hérite d'une double méfiance à l'égard de la justice : d'une part, la traditionnelle méfiance des autorités françaises à l'égard de la justice qui pourrait limiter leurs pouvoirs ; d'autre part, la méfiance des citoyens engendrée par le code de l'indigénat. À cela va s'ajouter la méfiance à l'égard de la justice de la guerre de libération nationale, période pendant laquelle la primauté de l'efficacité de la lutte armée a entraîné une confusion des pouvoirs qui n'accordait pas de place pour une véritable organisation judiciaire. Le FLN et l'ALN pratiquaient plutôt une justice sommaire et expéditive décidée par les instances dirigeantes au niveau de chaque *wilaya* avec toutes les dérives qui en furent la conséquence⁴⁰.

Après l'indépendance, l'instauration du parti unique, le choix de l'option socialiste et le recours au principe du centralisme démocratique ont abouti à une récusation de l'organisation classique des pouvoirs et en particulier leur séparation. En fait, l'orientation générale de la justice a été fixée dès l'adoption de la première constitution de l'Algérie indépendante, celle

encore du principe posé par la Déclaration de 1789 sur les droits de l'homme et du citoyen en vertu duquel « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution » (article 16).

40 Cf. A. Bentoumi, *Naissance de la justice en Algérie*, Casbah éditions, Alger, 2010, p. 24 et s.



de 1963, qui récusé le principe de la séparation des pouvoirs dans l'organisation du système politique afin de conforter les nouvelles institutions. Il est donc dit dans le préambule que « *les régimes présidentiels et parlementaires classiques ne peuvent garantir cette stabilité, alors qu'un régime basé sur la prééminence du peuple souverain et du parti unique, peut l'assurer efficacement* »⁴¹. Les autres dispositions viennent ensuite montrer clairement que le pouvoir judiciaire n'est pas reconnu en tant que tel et, dès lors, il n'est guère pertinent de s'interroger sur l'indépendance de la justice.

La Constitution de 1976 confirme la vision générale antérieure en s'efforçant, cependant, de clarifier et de rationaliser les rapports entre le parti unique et les instances étatiques⁴². À cet effet, elle déclare que les organes du parti et de l'État « *agissent dans des cadres séparés et avec des moyens différents pour atteindre les mêmes objectifs* » et elle ajoute que leurs attributions ne doivent pas se chevaucher mais être complémentaires (article 101). Par ailleurs, et c'est le plus important, en traitant du pouvoir et de son organisation, la Constitution évite expressément de parler de « pouvoirs » dans la suite du texte pour organiser des « fonctions ». C'est ainsi qu'elle identifie six fonctions qui sont respectivement politique, exécutive, législative, judiciaire, de contrôle et constituante.

On voit donc que la fonction judiciaire n'est qu'une fonction parmi d'autres. Plus encore, elle est subordonnée à la fonction politique dont elle ne saurait être indépendante et on lui assigne un but puisque la justice « *concourt à la défense des acquis de la Révolution socialiste et à la protection des intérêts de celle-ci* » (article 166). Finalement, la justice n'est qu'une fonction spécialisée du pouvoir révolutionnaire qui est unique et qui ne saurait donc être fractionné entre plusieurs pouvoirs séparés et indépendants, ni a fortiori supporter un quelconque contre-pouvoir. Cela n'empêche pas un paradoxe : alors même que la justice n'est pas indépendante, les autorités politiques se méfient néanmoins des tribunaux normaux puisqu'on leur soustrait certaines infractions, notamment celles concernant les atteintes à la révolution et à la sécurité de l'État ; celles-ci sont confiées à différentes juridictions d'exception.

III. La tentative inachevée d'émergence d'un pouvoir judiciaire

Avec l'effondrement du système de parti unique, intervenu à la suite des manifestations populaires d'octobre 1988, un revirement d'orientation se fait jour qui se traduit par une nouvelle constitution. Celle-ci, adoptée par référendum le 23 février 1989, rompt avec ses devancières dans la forme et le fond et instaure un système politique et juridique de facture plus classique qui conduit à la reconnaissance à la fois de la séparation des pouvoirs et à l'existence d'un pouvoir judiciaire à côté des deux autres pouvoirs législatif et exécutif.

⁴¹Le Front de libération nationale (FLN), en tant que parti d'avant-garde animé par les éléments révolutionnaires les plus conscients et les plus actifs, est censé incarner les aspirations du peuple qu'il doit mobiliser, encadrer et éduquer pour la réalisation des objectifs de la révolution socialiste. Non seulement il est l'instance mentionnée en premier dans l'énumération constitutionnelle des instances participant à l'exercice du pouvoir, mais il est le seul pouvoir dont découlent tous les autres qui ne sont pas de véritables pouvoirs, mais simplement des instances de réalisation de la politique définie par le parti et des relais de celui-ci.

⁴² Cf. W. Laggoune, « La justice dans la constitution algérienne du 22 novembre 1976 », *R.A.S.J.E.P.*, 1989, n°2, p.285.



Le titre II de la Constitution contient un chapitre III dont l'intitulé se veut sans ambiguïté en parlant de « pouvoir judiciaire », ce qui confirme l'intention claire et ferme de faire une place importante à la justice dans l'organisation des pouvoirs. En outre, le premier article de ce chapitre III (article 129) dispose de manière aussi brève que catégorique : « *Le pouvoir judiciaire est indépendant* ». C'est donc un tout autre crédo qui vient indiquer, au plan des principes, un changement complet dans la conception de la justice et de la mission des magistrats.

Cette disposition est suivie d'une série d'autres (articles 130 à 136) qui viennent instaurer un climat d'État de droit de nature à permettre la dite indépendance, en mettant l'accent sur la protection de la société, des libertés et des droits des citoyens, le respect des principes fondamentaux de légalité et d'égalité, le caractère populaire et public de la justice et l'obligation incombant aux organes de l'État d'assurer l'exécution des décisions de justice. Ainsi, en s'en tenant au dispositif constitutionnel, toutes les conditions sont, apparemment et formellement, réunies pour conclure que l'Algérie reconnaît l'existence d'un véritable pouvoir judiciaire indépendant dans son organisation et son fonctionnement.

À cela s'ajoute deux autres éléments tendant à conforter une telle interprétation : la création d'un Conseil constitutionnel et le statut constitutionnel de la justice administrative. En chargeant le Conseil constitutionnel de veiller sur la conformité des traités, des lois et des règlements à la Constitution (article 155), la Constitution de 1989 ne fait que reprendre le schéma français de contrôle de constitutionnalité, dans sa version initiale (celle de 1958), qui réserve la saisine du Conseil à trois autorités seulement : le président de la République, le président de l'Assemblée populaire nationale et le président du Conseil de la Nation⁴³.

En revanche, en matière de justice administrative, l'Algérie innove par rapport à la France en donnant à celle-ci un statut constitutionnel. On sait que le Conseil d'État français, institué en tant que juge par la Constitution de l'an VIII (13 décembre 1799), ne réapparaît plus dans les constitutions ultérieures⁴⁴ et il faut attendre celle de 1958 pour qu'il y soit fait simplement allusion, d'abord pour sa fonction consultative, puis plus récemment pour sa fonction contentieuse⁴⁵. Mais cela ne suffit pas pour conférer un statut constitutionnel à la juridiction administrative.

À cet égard, il est intéressant de rappeler l'évolution de la justice administrative algérienne. Celle-ci a commencé par perdre son autonomie organique, puisque la réforme introduite au lendemain de l'indépendance, en 1963, a renoncé au dualisme juridictionnel et elle a opté

⁴³ Notons que le Conseil de la Nation n'existe que depuis la révision constitutionnelle de 1996.

⁴⁴ Ce qui a fait dire au vice-président du Conseil d'État que « *l'histoire des relations entre le Conseil d'État et la Constitution a longtemps été celle d'une ignorance réciproque* » (intervention au VIIe congrès de l'Association française de droit constitutionnel, 25 septembre 2008).

⁴⁵ Si la fonction consultative est reconnue déjà dans le texte de 1958 qui prévoit l'obligation de consultation du Conseil d'État pour l'élaboration d'un certain nombre de textes, la fonction contentieuse n'apparaît que lors de la révision de 2008 en matière de renvoi préjudiciel (article 61-1).



pour un système d'unité de juridiction et de séparation des contentieux⁴⁶. Après une période transitoire de maintien des tribunaux administratifs, des chambres administratives ont ainsi été créées d'abord au sein de la Cour suprême, puis au sein des cours. Il faut attendre 1996 pour que le dualisme juridictionnel, chassé par la fenêtre de la loi, en 1963⁴⁷, revienne solennellement par la grande porte de la Constitution. En effet, l'article 152 prévoit la création d'un Conseil d'État comme organe régulateur de l'activité des juridictions administratives à côté de la Cour suprême qui remplit la même fonction pour les juridictions judiciaires. Ce statut constitutionnel pose incontestablement les bases nécessaires – même si elles sont insuffisantes – à l'existence d'un pouvoir judiciaire échappant aux pressions et interventions⁴⁸.

Toutefois, cette perspective favorable est assombrie par la Constitution de 1996 qui révisé celle de 1989 pour ajouter un petit membre de phrase à l'ancien article 129, devenu article 138 selon lequel le pouvoir judiciaire « *s'exerce dans le cadre de la loi* ». Cette modification, apparemment anodine, ne manque pas de laisser perplexe. Certes, en subordonnant le pouvoir judiciaire à la loi, cela peut apparaître comme le rappel d'une évidence, car il appartient effectivement à la loi de déterminer les modalités d'organisation et de fonctionnement de la justice. Mais il faut aller au-delà de cette évidence et comprendre le message que l'on a voulu faire passer : l'obéissance à la loi renvoie à une sorte de hiérarchie des pouvoirs et, par voie de conséquence, à la prééminence des deux autres pouvoirs (législatif et exécutif) sur le pouvoir judiciaire. En effet, elle donne clairement l'impression que, après avoir reconnu l'existence d'un pouvoir judiciaire en 1989, il fallait ensuite poser des limites à cette indépendance, en réintroduisant ainsi la méfiance précédemment relevée à l'égard de la justice et surtout des magistrats.

IV. La situation actuelle : l'absence d'indépendance de la justice

La reconnaissance de l'indépendance de la justice peut transparaître sous divers aspects classiques. Mais, désormais, il faut également se référer à d'autres aspects avec lesquels elle s'articule nécessairement pour constituer une sorte de plateforme du procès équitable. Si la notion de séparation des pouvoirs est sans doute à la base de l'existence d'une justice indépendante, elle n'est plus suffisante. D'autres notions plus récentes sont venues s'ajouter comme l'État de droit, la démocratisation de la justice, le respect des droits de l'homme et surtout la conformité aux standards internationaux, notamment en matière de procès équitable. L'Algérie ayant souscrit à presque toutes les conventions internationales (universelles et régionales)⁴⁹, elle s'est donc engagée à assurer l'indépendance de la justice à l'égard des deux autres [pouvoirs \(législatif et exécutif\)](#) pour garantir son impartialité et sa neutralité dans

⁴⁶ Cf. A. Mahiou, « Le contentieux administratif en Algérie », *R.A.S.J.E.P.*, 1972, p. 571; E. J. Lapassat, *La Justice en Algérie, 1962-1968*, Paris, Armand Colin, 1969.

⁴⁷ C'est une loi du 1963 qui est venue instaurer un système d'unité de juridictions et de séparation des contentieux, en s'inspirant du système marocain.

⁴⁸ L'organisation et le fonctionnement du Conseil d'État sont précisés par la loi du 30 mai 1998 qui dispose que cet organisme « *relève du pouvoir judiciaire* » (article 2 alinéa 1) et qu'il « *jouit de l'indépendance dans l'exercice de ses compétences judiciaires* » (article 2 alinéa 3).

⁴⁹ Entre autres, l'Algérie a ratifié les deux Pactes des Nations Unies de 1962, la Charte africaine des droits de l'homme de 1981 et la Charte arabe des droits de l'homme de 2004.



l'application des normes de droit. À cela s'ajoute le principe de la non-interférence des groupes de pression économiques et sociaux.

Mais tout cela reste assez abstrait et théorique. En fait, les citoyens ne cessent de se plaindre de toute une série d'entraves au fonctionnement normal de la justice en Algérie, qu'elles soient de nature politique ou statutaire ou qu'elles résultent des pratiques sociales⁵⁰. En outre, les autorités ne respectent pas leurs promesses, comme le montre le sort de la tentative de réforme de la justice. En effet, une Commission de réforme a été mise sur pied en lui assignant de louables objectifs. Elle a travaillé en 2000 et 2001 pour aboutir à un rapport qui a fait un bilan sérieux et sans complaisance de la justice et suggéré de nombreuses réformes pour la rendre crédible. Or, la plupart des recommandations de la commission n'ont pas été retenues, notamment celles tendant à assurer son indépendance. En outre, le rapport n'a même pas été rendu public pour informer l'opinion de sa teneur.

Les entraves politiques restent un héritage récurrent non seulement de la période coloniale, mais aussi et surtout du système de parti unique instauré après l'indépendance. Comme nous l'avons dit précédemment, elles ont parfois été constitutionnalisées, puisque les Constitutions de 1963 et 1976, tout en indiquant que les juges doivent être indépendants, posent comme principe qu'ils doivent obéir aux intérêts de la révolution socialiste. Cet héritage est si prégnant que la tentative de la Constitution de 1989 de rompre avec l'engagement politique et idéologique de la justice a tourné court, puisque par touches successives, diverses mesures explicites ou implicites sont venues rappeler que la mission du juge ne se limite pas seulement à une application et une interprétation libres de la loi, mais qu'il doit aussi tenir compte des souhaits des autorités politiques.

A ce message politique se sont ajoutées des entraves statutaires. Le premier statut des magistrats date de l'ordonnance précitée du 13 mai 1969 qui a prétendu concilier deux impératifs contradictoires, l'indépendance des magistrats et leur engagement politique. En fait, comme il est difficile voire impossible de concilier réellement indépendance et engagement politique dans un système de parti unique, c'est naturellement l'indépendance qui est sacrifiée⁵¹. La tâche s'est révélée ardue même après la fin du système de parti unique. Certes, à la suite de la Constitution de 1989, des changements importants sont intervenus, notamment pour changer la composition du Conseil supérieur de la magistrature, avec la loi du 12 décembre 1989⁵², donner la majorité aux magistrats élus (16 membres) par rapport aux membres nommés (9 membres), lui reconnaître un pouvoir de décision, en matière de carrière et de discipline des magistrats, le faire présider par le premier président de la Cour suprême lorsqu'il statue en matière disciplinaire⁵³ et, enfin, en exclure les magistrats du parquet.

⁵⁰ Cf. E. Taïb, « Le juge algérien et la notion d'indépendance », *Droit et cultures*, n° 30, 1995, p. 123. Voir aussi l'intéressant témoignage d'un ancien magistrat, Leïla Aslaoui, *Dame justice*, Alger, E.N.A.L., 1990.

⁵¹ Pourtant la constitution précise que le magistrat « est protégé contre toutes formes de pressions, interventions ou manœuvres de nature à nuire à l'accomplissement de son libre arbitre » (article 173 alinéa 2 de la Constitution de 1976). Par ailleurs, le code pénal de 1966 (articles 117 et 118) prévoit de punir les empiètements des autorités administratives dans l'exercice de la fonction juridictionnelle (*J.O.R.A.*, 1966, p. 530).

⁵² *J.O.R.A.*, 1989, p. 1189.

⁵³ Normalement il est présidé par le chef de l'État.



Toutefois, tout cela est remis en cause par une autre loi du 6 septembre 2004 réorganisant le Conseil supérieur.

Il y a surtout un autre important recul concernant l'inamovibilité. Alors que le statut de 1989 la reconnaissait expressément (article 16), celui de 2004 (article 26 alinéa 1) se contente de dire que « *le droit à la stabilité est garanti pour le magistrat du siège* ». Ce changement n'est pas seulement sémantique puisque l'alinéa 2 ajoute que « *le Conseil supérieur de la magistrature peut décider de la mutation des magistrats si les intérêts et le bon fonctionnement du service de la justice l'exigent* ». Il est clair qu'il n'y a plus d'inamovibilité et donc plus de réelle indépendance du magistrat et les exhortations de la Charte de déontologie du magistrat⁵⁴ apparaissent fort platoniques quand bien même elles insistent sur les notions de « *droiture, d'intégrité, d'impartialité, de neutralité et d'indépendance* » du magistrat et qu'elles récusent « *toute intervention extérieure susceptible d'influencer* » le travail judiciaire.

Les pressions et interventions dans la justice sont aussi évidentes que régulièrement dénoncées dans la presse et l'opinion publique. On se limitera ici à évoquer les plus préoccupantes et à citer deux exemples significatifs. Tout d'abord, l'institution judiciaire est soumise aux interférences de services chargés normalement de l'aider, c'est-à-dire les services de sécurité (police et gendarmerie). Il y a surtout une interférence des services de la sécurité militaire⁵⁵ qui est très singulière. Autant on pouvait comprendre cette interférence pendant la période du système socialiste de parti unique, autant elle apparaît maintenant incongrue, surtout si l'on prétend établir l'État de droit qui repose sur la séparation entre les activités civiles et militaires. Il n'y a plus de raison justifiant que des services dont la mission est normalement de s'intéresser aux affaires militaires et éventuellement à la sécurité de l'État, s'immiscent directement dans les actions judiciaires visant des affaires strictement civiles et suppléent ceux de la police et de la gendarmerie. Il y a là sans doute un point important sur lequel un changement est nécessaire pour que l'on puisse créditer l'Algérie d'une réelle intention de s'engager sur la voie d'un État de droit.

Par ailleurs, le moindre souci d'indépendance des magistrats se heurte à la mauvaise humeur des gouvernants. Il suffit de citer deux exemples concernant deux hautes juridictions pour illustrer la situation qui prévaut actuellement. Le premier exemple est relatif au Conseil d'État. Celui-ci avait été saisi par voie d'appel d'un contentieux relatif au fonctionnement d'un parti politique, le FLN, qui était le pilier de la majorité gouvernementale. Il s'agissait de se prononcer sur la décision de première instance ayant annulé le congrès qui a désigné le premier ministre et rival du président de la République en titre comme candidat du FLN à la

⁵⁴ Cette Charte de bonne conduite du magistrat a été adoptée par le Conseil supérieur de la magistrature et publiée au journal officiel (J.O.R.A. n° 17 du 14 mars 2007, p. 13).

⁵⁵ Les services secrets algériens qui s'appelaient Sécurité militaire après l'indépendance s'appellent maintenant Direction du renseignement et de la sécurité (DRS). Leur ingérence dans les affaires civiles est fortement soulignée dans l'ouvrage d'un journaliste algérien (M. Sifaoui, *Histoire de l'Algérie indépendante : l'État DRS*, Nouveau monde édition, 2012) et elle a même été signalée au début de l'année 2014 par le récent Secrétaire général du FLN (ancien parti unique devenu parti gouvernemental) dans ses attaques contre la direction du DRS en l'accusant d'interférer directement dans la vie politique, notamment en manipulant le fonctionnement des partis politiques et des organisations de la société civile (interview du 2 février 2014).



future élection présidentielle. La chambre saisie ayant désavoué le juge de premier degré, son président sera suspendu avant d'être mis à la retraite peu de temps après. La sanction va même affecter la présidente du Conseil d'État qui se retrouve limogée parce qu'elle était l'épouse d'un ministre qui avait soutenu le premier ministre comme candidat rival du chef de l'État à l'élection présidentielle.

Inversement, les magistrats dociles qui ont statué dans le sens souhaité par le chef de l'État ont été récompensés par des promotions indues. Tout cela témoigne d'une atteinte grave au principe de l'indépendance des magistrats et du procès équitable. Le second exemple concerne la Cour des comptes. Celle-ci a été mise en quarantaine pendant une dizaine d'années du fait que cette juridiction avait été utilisée, à l'époque du parti unique, par un ancien chef d'État comme un instrument pour régler des comptes avec des rivaux politiques, dont notamment l'actuel chef d'État⁵⁶. Celui-ci, en arrivant au pouvoir, a décidé d'ignorer la Cour des comptes et d'en entraver le fonctionnement normal en refusant de lui confier les missions relevant de sa compétence, en bloquant le statut des magistrats et en refusant d'accorder à ses membres les mêmes avantages matériels que ceux accordés aux membres des autres hautes juridictions. La punition n'a cessé que récemment, avec l'ordonnance du 26 août 2010⁵⁷ modifiant et complétant le statut de la Cour des comptes et la réactivant pour exercer, enfin, son importante mission de protection des deniers publics et de lutte contre la corruption.

Le problème de la corruption est une récrimination récurrente, mais qui a pris davantage d'acuité au cours des dernières années⁵⁸. Bien qu'il soit malaisé d'en évaluer exactement l'ampleur, elle existe et s'est développée dans le système judiciaire, même si tout perdant d'un procès a tendance à l'invoquer trop facilement, sans la moindre preuve et parfois sans aucune présomption de preuve. Les autorités sont conscientes des méfaits de la corruption et se sont efforcées d'y faire face, notamment par une revalorisation conséquente des émoluments, comme cela avait été recommandé par la Commission de réforme de la justice, afin de mettre les magistrats à l'abri de la tentation. Il reste qu'il est difficile de connaître les effets de ces mesures et leur impact sur la moralisation de la justice. Par ailleurs, la solution ne peut se limiter au seul secteur de la magistrature, car la corruption continue de sévir et de se développer dans le reste de l'administration et dans la société. Tant qu'il en est ainsi, il est difficile voire impossible d'empêcher l'effet de contamination du phénomène, surtout que

⁵⁶ En tant que ministre des affaires étrangères, il a été poursuivi au milieu des années 1980 devant la Cour des comptes pour gestion irrégulière des reliquats des services des postes diplomatiques et consulaires algériens à l'étranger.

⁵⁷ Cf. *JORA* n° 50 du 1er septembre 2010, p. 4.

⁵⁸ Grâce à la liberté de la presse qui prévaut en Algérie, les journaux se font souvent l'écho de faits de corruption, mais sans toujours apporter d'éléments de preuve convaincants. En 1996, un Observatoire national de surveillance et de prévention de la corruption a été créé, puis supprimé en 2000, pour renaître ensuite en 2006. Ni l'une ni l'autre expérience n'a donné de résultats car elles relèvent d'un effet politique d'annonce et non du souci de lutter réellement contre le phénomène. Si l'on veut lutter sérieusement contre la corruption, il faudrait une instance totalement indépendante des autorités et composée de personnes crédibles qui assument effectivement leur mission.



l'opinion publique croit, non sans raison et comme l'indique le fabuliste, que les jugements de cour vous rendront blanc ou noir selon que vous êtes puissant ou misérable⁵⁹.

Un dernier élément du dysfonctionnement de la justice est lié à la compétence des acteurs impliqués. En effet, la mauvaise application de la loi n'est pas toujours liée aux interventions ou à la corruption. Elle vient souvent de l'insuffisante formation de l'ensemble des acteurs de la justice : magistrats, avocats, officiers de police judiciaire et autres collaborateurs de la justice. Il est loisible de constater que le niveau très faible de l'enseignement des facultés de droit retentit directement sur l'activité judiciaire et la qualité des jugements en particulier⁶⁰.

S'agissant des magistrats, cela se traduit par une fausse interprétation des textes que l'on se limitera à illustrer en retenant le domaine pénal et plus précisément les atteintes à la religion, où l'on constate la tendance de certains juges à se prononcer par analogie alors qu'une telle pratique est contraire aux principes de base du droit pénal⁶¹. Cela aboutit à des décisions parfois aberrantes en première instance que l'on s'est efforcé de corriger en appel. Ce désaveu en appel n'empêche pas les agents du ministère public de continuer à multiplier les poursuites et les juges de première instance de mal interpréter la loi, mettant l'Algérie en difficulté devant les instances internationales⁶². En effet, en tant que partie au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'Algérie est dans l'obligation de respecter le droit à la liberté de conscience et de religion, en vertu de l'article 18 du Pacte qui prévoit en particulier que « *nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix* ».

Pour conclure brièvement, le chemin semble encore long pour parvenir en Algérie à une justice plus indépendante du pouvoir politique et des autres groupes de pression car, pour parvenir à ce résultat, il faudrait avoir des magistrats qui réunissent autant que possible les qualités suivantes : la compétence, l'indépendance, l'impartialité et l'intégrité. Pour le moment non seulement nous sommes loin du compte, mais la situation ne cesse de se dégrader depuis l'indépendance.

59 Cf. la fable de Jean de La Fontaine (Les animaux malades de la peste).

⁶⁰ La seule possibilité de relever le niveau des facultés de droit serait d'introduire des enseignements à option en langue française dès la première année tout au long du cursus des étudiants, ce qui leur permettrait d'accéder directement à une information plus complète et plus scientifique de la connaissance juridique (ouvrages, articles et jurisprudence commentée), tant dans ses méthodes que dans son contenu.

⁶¹ Le meilleur exemple est celui de la liberté de conscience et de religion qui a donné lieu à des poursuites ou des décisions visant des personnes pour atteinte à l'islam. Pour condamner ou tenter de condamner ces personnes, on a invoqué un certain nombre de dispositions contestables tant par leur contenu que par leur mauvaise rédaction dont, en outre, on donne une interprétation aussi extensive qu'inexacte : l'ordonnance du 28 février 2006 concernant l'exercice des cultes autres que musulman et visant le prosélytisme et l'article 144 bis (2) du Code pénal visant le dénigrement des prophètes et des préceptes de l'islam

⁶² Les dispositions suscitées ont été invoquées pour poursuivre et condamner respectivement des personnes transportant des bibles et des personnes qui n'observent pas le jeûne musulman pendant le mois du ramadan.



Antoine Garapon

Secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice (France)

L'épaisseur sociale du procès équitable

Je m'exprime au nom d'un travail collectif avec Ali Mezghani. Nous avons préparé une communication sur le procès équitable mais en écoutant tous nos travaux, je me suis rendu compte que beaucoup de choses que nous voulions dire avait déjà été dites par les participants.

Nous voulions insister sur le fait que le procès équitable ne peut pas se limiter à des formes, à des principes abstraits qui restent sur le papier, et qu'il fallait tenir compte de la réalité. Toutes les contributions l'ont dit, toutes ont eu à peu près la même structure en parlant des textes qui existent déjà et la difficulté de les appliquer.

Nous voulions réfléchir aussi au procès équitable sans tenir compte des révolutions qui ont eu lieu dans le monde arabe. Je vous propose de reprendre cette question sous un angle un peu différent qui est celui de ma propre perception de nos travaux et de ce qu'ils m'ont appris.

Ce qu'on a vu pendant ces deux jours, c'est qu'on est au cœur d'une révolution politique mais pas uniquement, parce qu'il n'y a pas de terme plus général ni plus ambigu que celui de révolution. On assiste en réalité à une sorte de précipitation des révolutions qui se cumulent et qui rendent la situation à la fois compliquée à décrypter et en même temps extrêmement stimulante pour l'esprit.

Pour mieux comprendre ce phénomène, nous avons beaucoup parlé de la réalité du procès équitable, mais ce terme peut se décliner de trois manières : quand on parle de la réalité du procès, on parle d'abord des pratiques du procès contre et au-delà des textes juridiques, mais cette réalité dépend de l'investissement public qui est fait dans les formes du procès, et l'idée de réalité s'oppose ici au superficiel, tandis que la troisième version de la réalité, c'est la revendication d'effectivité du procès équitable contre l'effet d'annonce.

Tout d'abord, il me semble, et je suis navré de passer par cette naïveté, que toutes les révolutions politiques s'accompagnent d'une révolution symbolique, d'une nouvelle manière de comprendre le monde, de parler du monde. C'est-à-dire que, dans ce que tout le monde a dit de la situation des pays arabes, et on pourrait par certains côtés dire la même chose de la France, ce qui compte désormais ce n'est pas tellement les textes qui peuvent s'accumuler et qui sont des paroles verbales, mais la réalité du procès.

Bien sûr on a toujours parlé de la réalité, tous les juristes s'y sont toujours intéressés, mais ce qui est nouveau c'est que désormais, dans cette tension entre le texte et ses fictions, et la réalité, c'est la réalité qui compte. Ce qui fait révolution c'est la volonté de se débarrasser des fictions du droit qui ne sont plus effectives. Il faut sortir d'une sorte de déni de réalité dont les juristes ont le secret en se berçant de propos sur l'aspect formel et technique des lois et sans jamais voir que ces lois ne sont pas appliquées. Les juristes partagent une sorte de pensée magique au terme de laquelle il suffit de dénoncer une loi pour qu'elle s'applique



spontanément, cette idée d'un droit « *self-executive* » comme disent les Anglo-Saxons, c'est-à-dire d'un droit qui s'applique tout seul.

Cette référence à la pensée magique montre bien qu'il s'agit d'une croyance, on croit à une force propre du propos juridique, qui est d'une nature un peu mystérieuse. On pourrait renverser la question, pourquoi est-ce que pendant aussi longtemps nous les juristes nous sommes nourris des fictions du droit ?

Je pense à un auteur qui pour moi est très important, George Gurvitch, brillant juriste formé à Saint-Pétersbourg qui a connu la révolution de 1917 en tant que sociologue du droit et qui s'est beaucoup intéressé aux effets qu'avait produit cette révolution sur le droit. Il dit en substance que lorsqu'il y a une révolution politique, il y a tout d'un coup un grand nombre de fictions juridiques – car les juristes en consomment beaucoup – qui disparaissent, s'effondrent, et on va immédiatement recréer de nouvelles fictions plus parlantes, plus vivantes, plus agissantes sur la réalité.

Il me semble que cela s'applique exactement à ce qui se passe actuellement dans le monde arabe mais on pourrait étendre cela à d'autres contextes. Il y a tout d'un coup une sorte de « dépressurisation » symbolique. Ce qui faisait sens ne fait plus sens et il faut regarder ailleurs. Avec cet effet paradoxal également, ce qui est une autre caractéristique de toutes les révolutions, que lorsque les anciennes fictions politiques désertent l'espace public, ce n'est pas un vide auquel on assiste, mais à la résurgence de toutes les identités pré-politiques qui font tenir une société. La structuration anthropologique de la société refait surface, tout cet encadrement qui était contenu, maintenu, avant que le politique ne déserte ou ne change très rapidement. D'où l'importance de nouvelles expressions, le retour de la vengeance, du talion, des choses qu'on n'avait pas vues depuis longtemps mais qui réapparaissent au moment de la révolution.

Je crois que de ce premier constat, on peut tirer trois conséquences : la première, très commune avec les expériences de l'autre côté de la Méditerranée, c'est une dissociation du rapport entre le savoir et le pouvoir. Aujourd'hui ceux qui peuvent parler de la réalité, décrire correctement les pratiques, ne sont plus les institutions ou les organes institués mais ce sont des organes extérieurs à la magistrature, les médias, l'opinion publique, les observatoires divers, la société civile qui tout d'un coup se juridicise, qui absorbe des notions parfois assez complexes. Ceux qui décrivent et évaluent la réalité, qui devient un élément de légitimité majeur, ne sont plus ceux qui exercent le pouvoir dans les institutions.

Deuxième conséquence : il y a une externalisation des références, la légitimité du pouvoir n'est plus dans le pouvoir institué, mais elle est sortie du pouvoir, elle est ailleurs dans un endroit qu'on a du mal à localiser, qui peut être la société civile...

Troisième effet : l'effet d'horizontalisation, tous nos systèmes connaissent la même érosion des montages hiérarchiques un peu à l'ancienne, cela ne fonctionne plus, ce qui fonctionne c'est le latéral, l'horizontal.



Deuxième grande acception de l'idée de cette réalité : une institution réelle est une institution investie par le social, ce sont des questions qu'on se pose beaucoup en France. Fadhel Moussa, en ouvrant ses travaux, nous a parlé de l'arsenal juridique tunisien où figuraient déjà beaucoup d'éléments, ce qui manquait c'était d'avoir un droit investi, dans lequel on croit, auquel on participe. Dans le fond les mots trouvés par l'Assemblée nationale constituante, qui n'ont pas toujours le lustre du vocabulaire du droit constitutionnel, ont beaucoup plus de valeur parce qu'ils ont été discutés âprement, ils sont le fruit d'une véritable élaboration qui fait qu'ils sont investis, ils ont un poids historique, ils ont de la valeur pour ce qu'ils représentent de la sueur, de la violence parfois qui y a été mise. AHCÈNE Bouskia nous disait en Algérie, tant il n'y aura pas de vie démocratique, il n'y aura pas de procès équitable dans lequel on croit véritablement et totalement.

J'ai trouvé aussi que cette question de l'investissement doit nous faire réfléchir, à l'heure où nous vivons tous dans le grand bain de la mondialisation, parce que la mondialisation procéderait volontiers de ce que Kant appelait le don de la loi, la loi nous est donnée, mais la démocratie c'est le contraire, la loi est conquise, gagnée, on n'attend pas qu'elle tombe d'une instance divine, qu'il s'agisse de l'ONU ou des pactes civils et politiques. C'est une source d'interrogation.

Il faut réfléchir sur tous les effets pervers de l'aide internationale, sur les mythes du droit international qui pense que c'est à des experts, des hommes en gris que l'on ne connaît pas de faire ce don généreux au monde. C'est peut-être oublier ce qu'est la politique. Ce qui est très intéressant dans l'expérience tunisienne, c'est la réappropriation par le local de dimensions universelles, et un universel non réapproprié n'a pas énormément de valeur.

Je pense aussi au livre de Simone Veil sur l'enracinement. Aujourd'hui la mondialisation nous fait craindre des glissements de terrain, des choses qui sont posées sur un sol très meuble et qui glissent parce qu'elles ne sont pas précisément enracinées. Dans ce que nous disait Khaled El Dib sur la justice égyptienne, il y avait des choses extrêmement symboliques, les lieux ne sont plus investis, il y a une sorte de laisser aller et ce critère me semble extrêmement signifiant.

Un lieu investi est un lieu dans lequel d'abord on met de l'argent. Je suis toujours étonné de voir les sommes démesurées que les Américains mettent dans leur justice, je me demande ce qu'ils achètent en investissant des milliards dans leurs *lawyers* et leurs procès qui n'en finissent pas. Ce qu'ils achètent, c'est de l'investissement dans les institutions, dans la démocratie américaine. C'est cela l'économie profonde de cet argent dépensé par un peuple qui par ailleurs valorise autant l'enrichissement individuel.

L'attention au climat, au sérieux avec lequel sont pris les institutions et notamment le droit, qui est finalement l'institution la plus artificielle, me semble être un très bon critère de l'intérêt porté au procès équitable, de son enracinement dans la société.

Qu'est-ce finalement que ce procès équitable ? Je parlais d'investissement collectif, mais le procès équitable est aussi une nouvelle manière de faire monde, d'être ensemble, de manière conflictuelle et en même temps, référer à un tiers de justice. C'est en quelque sorte la magie



du procès équitable, une manière de s'accorder au monde, c'est-à-dire de se mettre en conformité, mais en même temps une certaine manière d'être.

Là aussi on pourrait prendre l'exemple américain : ce qui fait finalement la force des institutions américaines et de toutes les institutions démocratiques, c'est que l'argent mis par les Américains est un investissement dans le conflit, parce que c'est à travers et par les conflits qu'on renforce paradoxalement l'unité et la manière paisible d'être ensemble, de faire société. La qualité du procès équitable au-delà de ses canons juridiques se vérifie dans l'investissement réel fait par tous les niveaux d'une société pour régler ses conflits ou pour tirer profit de ses bons conflits, de ses « bons tumultes » aurait dit Machiavel, ceux qui vont produire du lien social.

Troisième acception de la réalité : la réalité, ce n'est pas uniquement la pratique par rapport au texte, ce n'est pas uniquement ce qui est investi socialement et donne de l'épaisseur sociale, c'est aussi ce qui est effectif. Il y a eu la révolution en Tunisie, en Égypte, en Libye, d'une importance considérable et qui s'est accompagnée d'une révolution symbolique, mais la mondialisation nous la vivons tous, et ce que nous vivons tous aussi, c'est très manifeste en France notamment, c'est que le régime de croyance a changé, désormais on croit en ce qui est chiffré, mesuré, effectif, ce qui produit des effets. La légitimité ancienne était une légitimité par l'aval, ce qui était produit par des auteurs politiquement légitimes. Aujourd'hui une institution est légitime lorsqu'elle produit concrètement des effets bénéfiques.

Cette demande d'effectivité de la justice et du procès équitable pose des problèmes immenses, parce qu'elle intervient à un moment où les États sont extraordinairement appauvris, surtout la France et les pays européens. Le grand défi c'est donc de combiner cette demande d'effectivité avec des ressources limitées. Lorsqu'on parle de la compétence des juges, c'est le même problème. La compétence par rapport au diplôme formel est le même problème que l'effectivité par rapport à l'effet d'annonce, ou que la réalité des pratiques par rapport au texte formel.

Comment résoudre cette équation ? Dans beaucoup de pays, ça a été l'introduction du *management*, de techniques de gestion venues du privé pour pouvoir rationaliser les ressources publiques, pour lui donner plus d'effectivité, plus de réalité. Cette nouvelle manière d'appréhender le procès équitable et la justice, beaucoup plus « désymbolisée », réaliste, a beaucoup de conséquences. C'est cruel parce que, particulièrement en France, tous les juristes sont particulièrement soucieux de produire de belles décisions, des décisions justes, mais si elles interviennent longtemps après et n'ont aucun impact social, à quoi cela sert-il ?

La question du *management* et de l'utilisation rationnelle des ressources est une question profondément politique, ce n'est pas simplement une manière d'améliorer la performance. Cela change beaucoup de choses notamment en France, parce que de l'effectivité de la justice dépend, autre mot nouveau, sa crédibilité. On peut faire confiance à une justice crédible car on sait qu'elle va faire des choses dans le réel.



Pour conclure ces réflexions sur l'impératif de réalité et tout ce nouvel univers mental qui nous oblige à réfléchir, je pense à une observation faite en 1786 par un Constituant américain. Il parle de ce que c'est que de faire une constitution et de construire un pays politiquement, et il emploie cette métaphore très parlante : la monarchie, c'est comme un beau navire, gouverné par un capitaine qui donne le cap, tout le monde est au sec, et puis malheureusement, sa fragilité, c'est lorsqu'il rencontre un écueil, il tombe sur un récif, s'éclate et tout le monde tombe à l'eau. La démocratie c'est autre chose, c'est comme un radeau, c'est très plat, ça suit les vagues, on est tout le temps agité, secoué, tout le monde a les pieds dans l'eau, mais il ne sombre pas.

Il me semble que c'est la situation dans laquelle on se trouve tous aujourd'hui. Nous ne sommes plus dans ces navires magnifiques mais fragiles. La démocratie est un système beaucoup plus insécurisant, mais qui sombre plus rarement heureusement.

Jean-Paul Jean

Avocat général près la Cour de cassation, président du groupe des experts Évaluation de la CEPEJ-Conseil de l'Europe, professeur associé à l'université de Poitiers (France)

La question de la confiance

Ce qui me semble intéressant d'étudier, surtout dans la période que sont en train de vivre les pays arabes, ce sont les processus sur le long terme. Le Conseil de l'Europe a développé une coopération fondamentale avec les pays d'Europe de l'Est après la chute du Mur pour essayer de construire l'État de droit et peut contribuer par cette expérience à ce moment important.

En Tunisie par exemple, nous avons monté un programme, avec la Commission européenne qui a commencé il y a deux ans, basé sur des échanges avec des tribunaux pilotes, des magistrats, des greffiers qui travaillent sur terrain. Nous travaillons avec le tribunal de Tunis, de Zaghouan, de Nabeul, de Kairouan, ce qui nous permet de mieux comprendre la réalité du fonctionnement de la justice mais aussi comment les magistrats vivent cette période.

Je voudrais commencer par dire qu'il n'y a pas de justice « en kit », comme le font les Américains avec leurs programmes, ni de « kit des droits de l'homme », avec la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 6, le délai raisonnable etc. Il s'agit simplement de normes, de principes que chacun doit adapter à ses valeurs fondamentales, son histoire, sa culture, l'état de l'opinion, la formation des personnes. Bien sûr cela peut heurter les références culturelles locales. En France par exemple, la Convention européenne est en train de bouleverser notre système pénal et notamment la place du procureur de la République. Le modèle historique napoléonien de deux siècles d'histoire est en train d'être transformé tout simplement par l'application de cette Convention. La Cour de cassation vit cela par secousses successives au gré des arrêts de la Cour européennes des droits de l'homme, le législateur aussi, c'est une transformation absolument radicale.



Je poserai les termes du débat sur la confiance en distinguant deux parties : d'un côté les garanties procédurales, de l'autre la perception effective par les citoyens. On peut avoir les plus beaux modèles théoriques du monde, et avoir une perception par les citoyens qui soit celle de la défiance ou de la méfiance par rapport au système juridique. C'est un des problèmes aujourd'hui en Tunisie, cette perception de la justice par les citoyens. On ne peut ignorer comment elle a fonctionné pendant des années malgré quelques juges et avocats courageux, avec ce paradoxe que cette justice on s'en méfie mais on la saisit de plus en plus. Pourquoi le recours à la justice et cette société contentieuse, malgré les autres modes de régulation sociale possibles ?

Je vais essayer de montrer comment nous travaillons au Conseil de l'Europe et les outils qu'on utilise pour analyser toutes les données relatives aux 47 membres du Conseil⁶³. Si l'on prend par exemple le pourcentage du nombre d'avocats en Europe pour 100 000 habitants, les pays qui ont le plus d'avocats par habitant sont les pays d'Europe du Sud (Portugal, Espagne, Italie, Malte, Grèce). Si l'on prend ensuite un indicateur d'efficacité, par exemple les délais de jugement en matière civile et commerciale, ce sont ces mêmes pays qui ont le nombre d'affaires civiles par habitant le plus important et les délais de jugement les plus longs.

Y a-t-il une relation avec le nombre d'avocats ? Dans ces pays, les avocats sont les maîtres de la procédure. La mise en état des procédures civiles, par exemple, qui existe dans les pays d'Europe du Nord, est du ressort exclusif du juge qui peut organiser l'audience et radier les affaires que des avocats voudraient faire durer. Ici en Tunisie, les avocats sont les maîtres de la procédure, avec un système inefficace fonctionnant sur des renvois continuels d'affaires à l'audience. On sait aussi que les sociétés méditerranéennes sont plus contentieuses, les taux d'appel et de recours en cassation sont beaucoup plus importants dans les pays d'Europe du Sud que dans les pays d'Europe du Nord.

En Tunisie, 80% des affaires civiles vont en appel et 80% des appels vont en cassation, parce que cela correspond à une autre conception du procès. C'est aussi une question d'honneur, le fait de pouvoir toujours disposer d'un recours et faire valoir ses droits jusqu'au bout. Il ne faut évidemment pas négliger aussi l'aspect économique, les avocats à chaque fois qu'ils viennent à l'audience font payer leurs clients pour la prestation. Il y a donc à la fois des aspects culturels – nous avons chacun une culture, une histoire – et économiques – un certain nombre de personnes tirent leurs revenus de ce système contentieux.

La méthode du Conseil de l'Europe s'appuie sur des experts, qui sont généralement des praticiens. Les États sont représentés par le ministère de la Justice mais nous travaillons constamment avec les ONG (associations de magistrats, de fonctionnaires, d'huissiers de justice, de notaires etc.) qui assistent à tous les travaux. Nous avons aussi des observateurs, la Banque mondiale, l'OCDE, la Commission européenne, des pays tiers, qui viennent assister

⁶³ Pour une présentation par Jean-Paul Jean du rapport 2014 de la CEPEJ et des dernières données disponibles voir: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/CEPEJ_2014_Presentation_rapport_en.pdf



aux travaux de nos commissions et de nos groupes d'experts, ce qui permet une diffusion et un échange de savoirs extrêmement intéressants.

La Commission européenne nous a ainsi demandé, dans le cadre de ce programme long, d'étudier sur le plan technique si les méthodes que nous avons utilisé pour les 47 pays européens sont reproductibles ou non dans les pays arabes. Pour cela nous travaillons en Tunisie, au Maroc, en Jordanie, avec un système de tribunaux pilotes, pour voir concrètement comment la justice marche, comprendre les textes, voir les dispositions qui ne sont pas appliquées. Par exemple en Tunisie, le juge de la mise en état existe mais de fait cela ne fonctionne pas, parce qu'on ne l'utilise pas. L'idée est donc d'aller voir très concrètement comment un dossier est audiencé, enregistré, traité, renvoyé etc. Il faut comprendre comment la justice marche pour échanger avec les collègues et améliorer les pratiques.

Cela dépend aussi beaucoup du niveau de développement. Par exemple, nous développons actuellement un projet de comparaison entre la Jordanie, le Maroc et la Tunisie avec des pays européens qui ont une population à peu près identique (Belgique, Slovaquie, Serbie), le même modèle culturel et de procédure (Malte), une tradition juridique assez proche, comme la France dont l'héritage napoléonien, notamment dans le rapport siège-parquet, s'est diffusé dans beaucoup de pays.

Nous avons étudié le niveau de développement informatique, en comparant la Jordanie et la Tunisie. En Tunisie, nous sommes allés voir concrètement dans les tribunaux et le niveau de développement est très faible. Même si la Commission européenne a mis à disposition des magistrats il y a quelques années 4000 ordinateurs portables, l'application qui devait gérer tous les dossiers n'a jamais pu être mise en place. Les magistrats travaillent avec des moyens dérisoires pour rédiger des jugements, notamment pour toutes les affaires répétitives.

Alors qu'en Jordanie, les États-Unis, via l'agence USAID, ont investi 30 millions de dollars sur cinq ans et installé dans chaque tribunal une application, avec leur modèle judiciaire et juridique. On ne peut donc pas comparer les résultats de ces deux justices, quand on voit que l'une dispose de moyens juridiques et matériels très modestes et l'autre des moyens techniques absolument déterminants pour la justice, il faut comparer ce qui est comparable.

Mais il est intéressant de comparer les pays méditerranéens entre eux, de voir ce qui est reproductible. Sur le plan de la méthode par exemple, en Jordanie, nous avons fait venir le président du tribunal de Casablanca qui a expliqué comment concrètement son tribunal travaille, pour voir ce qui pouvait être reproductible en Jordanie. Les institutions internationales doivent travailler en confiance, et la confiance c'est d'abord un rapport d'égalité entre les personnes, une question de rapports humains.

J'aimerais dire que sur ce plan – puisqu'outre la casquette du magistrat et de l'expert au Conseil de l'Europe, j'ai aussi celle de l'universitaire –, j'ai énormément appris des doctorants. Nous avons à l'université de Poitiers une tradition, notamment chez les pénalistes, de recevoir des doctorants de nombreux pays arabes, de Syrie, du Liban, de la Jordanie, des Émirats, du Maroc, de la Tunisie, de discuter avec eux, de diriger leurs thèses, de participer à des jurys de thèse etc. Ils nous apprennent énormément, et il existe une vraie interaction



puisqu'eux ensuite retournent dans leur pays et essayer d'adapter ce qu'ils ont appris. C'est un investissement considérable pour leur pays, mais aussi pour la démocratie. À ce moment de l'histoire, cet investissement fait sur la jeune génération qui va intégrer les valeurs des droits de l'homme et cette façon d'aborder la justice en termes extrêmement concrets me paraît essentiel.

Si les citoyens veulent faire confiance à la justice, c'est qu'ils veulent avoir à faire à de vrais juges, formés et qui se font respecter en tant que juges, pas simplement des juges instrumentalisés, comme dans certaines affaires, mais qui décident à partir des seuls éléments de droit.

Cette indépendance des juges, il ne faut pas que ce soit simplement un aspect purement formel, même si l'édiction de normes est nécessairement le premier stade. En Tunisie, on a bien vu l'importance de discuter de la Constitution, de la place des juges, de la place institutionnelle de la justice. C'est le premier temps, mais ensuite l'indépendance se mesure par rapport au pouvoir politique qui nomme les juges, à travers la qualité du recrutement et de la formation. Nous avons des indicateurs au Conseil de l'Europe sur le niveau de formation, sur le poids des avocats dans la procédure etc.

Quand la plupart des ministres sont avocats – une tradition connue en France, on appelait la quatrième République la « République des avocats » – le réseau est bien représenté, mais cela peut être la meilleure et la pire des choses. Les avocats connaissent bien le système mais il faut qu'ils respectent les juges et l'État de droit. Il y a aussi l'aspect clientéliste et bien sûr la lutte contre la corruption, le juge peut être acheté mais aussi le greffier, pour faire passer un dossier avant l'autre et même préparer certains aspects de la décision.

On voit bien que l'aspect institutionnel est fondamental, il ne suffit pas de faire des beaux textes, il faut les appliquer, et c'est l'effectivité du droit qui est importante. Nous travaillons sur cela depuis une dizaine d'années au sein de la CEPEJ [Commission européenne pour l'efficacité de la justice] et avons remarqué que le terme lui-même a évolué, derrière l'efficacité, c'est désormais l'effectivité de la justice qui est posée.

Lorsque nous avons été mandatés par les ministres du Conseil de l'Europe il y a dix ans, c'était simplement parce que la Cour européenne des droits de l'homme était victime de son succès. Il y avait tellement de recours par les citoyens que la Cour n'arrivait plus à faire face à l'afflux des contentieux. Elle n'arrivait plus à rendre la justice dans un délai raisonnable au sens de l'article 6 et il n'y avait personne pour la condamner puisqu'elle était l'instance la plus élevée. Elle était donc chargée de faire respecter un principe qu'elle-même ne pouvait plus respecter.

Ce qui a été demandé à nos travaux, c'est d'étudier des modes de prévention, par exemple que chaque État prévoit un système d'indemnisation en cas de non-respect fautif du délai raisonnable, pour éviter de saisir la Cour européenne des droits de l'homme. Ce procédé a pu avoir des effets pervers, ainsi le système mis en place en Italie fait que de plus en plus de tribunaux sont saisis pour indemniser de longs procès, et a créé un deuxième contentieux qui est devenu un véritable marché.



La vraie solution, c'est comme en matière pénale, c'est de faire de la prévention. C'est pour cela qu'on nous a demandé d'aller dans tous les pays qui avaient de trop longs délais de procédure pour essayer de montrer comment on pouvait organiser le processus qui conduit à la décision, pour fonctionner de la façon la plus efficace possible et raccourcir les délais de jugement. Quand vous posez la question au citoyen, la première demande faite à la justice c'est la question des délais, et c'est la même dans tous les pays.

Concomitamment avec cet objectif d'efficacité, les deux autres objectifs sont la qualité de la justice et l'indépendance des juges. Tout système peut être efficace, mais s'il est efficace au service d'une dictature, cela n'a aucun intérêt, il faut qu'il soit efficace au service de la démocratie et de l'État de droit. C'est la crédibilité globale du système qui génèrera de la confiance.

Cette idée de confiance est absolument fondamentale. Dans l'Union européenne, au sein de l'espace judiciaire et juridique européen, le fondement de la confiance c'est la reconnaissance mutuelle des décisions. Ce principe a pour conséquence d'appliquer dans un pays la décision de n'importe quel juge en Europe et lui donner les mêmes pouvoirs qu'un juge national, donc tout est fondé sur la confiance en nos systèmes.

Par exemple en droit pénal existait le principe selon lequel on n'extrade pas ses nationaux. Mais avec le mandat d'arrêt européen, depuis dix ans en France et dans tous les pays de l'Union européenne, l'extradition n'existe quasiment plus, puisqu'on exécute immédiatement la décision de remise d'une personne, car on a confiance dans le système de justice des autres pays, et ceci est un bouleversement culturel fondamental.

Concernant le problème de l'*exequatur* des décisions en matière civile, c'est-à-dire comment l'on va exécuter une décision prononcée par un juge d'un autre pays dans l'espace judiciaire européen, par exemple dans le cas de l'enlèvement illicite d'un enfant, la Convention de Bruxelles II implique qu'on exécute la décision du juge qui a statué le premier, il n'y a quasiment pas de marge d'appréciation du juge national du pays où la personne qui a enlevé l'enfant réside.

Par contre, lorsqu'on est en dehors de l'espace judiciaire européen, il y a des conventions bilatérales qui s'appliquent. Mais la remise d'un enfant dans les couples binationaux, franco-algériens ou franco-tunisiens par exemple, est une décision très lourde et c'est là que des problèmes peuvent se poser. On peut exécuter les décisions prises par d'autres pays, parce qu'on pense a priori qu'il y a eu procès équitable et que l'on a confiance dans leurs systèmes. Mais il y a des cas plus difficiles, par exemple des décisions prononcées par des tribunaux religieux dans certains pays arabes, ou lorsqu'il n'y a pas égalité entre l'homme et la femme dans les divorces, parce que la répudiation existe. Il est évident que les juges des pays européens ne vont pas exécuter les décisions de la même façon.

Les garanties du procès équitable, la confiance dans le système, tout cela s'inscrit dans une relation d'échange et demande du temps. L'espace judiciaire européen est quasiment un espace politique, au sein duquel les juges ont les mêmes standards de procès équitable, il y a



des accords sur le mandat d'arrêt européen, l'exécution des peines d'amende, l'exécution des décisions civiles etc.

Tous les progrès de la coopération entre les différents États se fondent sur deux notions : l'autre pays respecte les garanties du procès équitable ; je lui fais confiance, je respecte les décisions du juge. La confiance finalement, c'est celle qu'un juge fait à un autre juge, tout simplement.

Vu du côté du citoyen, cette confiance dans la justice, ce sont des mots, des textes, mais comment la mesurer ? Peut-on l'objectiver ? Quand on parle de l'opinion des citoyens, il faut faire bien attention à distinguer la perception globale de la justice en général, et des approches plus ciblées, leur opinion fondée sur une expérience concrète du fonctionnement effectif de la justice.

Si l'on prend par exemple les enquêtes d'opinion en France, mais dans quasiment tous les pays c'est la même chose, la première perception de tous les citoyens, c'est que la justice est trop lente (plus de 90%), qu'elle est complexe et que le langage judiciaire est peu compréhensible (90%). En Tunisie, au Maroc, en Égypte, on vous répondra la même chose.

En revanche, la perception d'une justice qui « n'a pas un fonctionnement moderne » commence à évoluer. Dans les pays d'Europe du Nord par exemple, c'est différent, avec le développement des nouvelles technologies de l'information, les modes alternatifs de résolution des litiges, la médiation, le rôle de l'*ombudsman*, c'est-à-dire une façon de résoudre les conflits tout à fait moderne et différente. Dans les sociétés méditerranéennes, je pense que ce n'est pas du tout la même approche.

Une question centrale qui est posée maintenant, c'est de savoir si la justice est efficace. Ce, pour tous les pays, à cause des restrictions budgétaires et de la diminution des budgets investis dans la justice. Suite à la crise financière de 2008, des pays comme la Grande-Bretagne, les Pays-Bas, le Portugal ont considérablement diminué les moyens alloués à la justice, avec pour certains d'entre eux, plus de 20 % sur cinq ans. Les magistrats portugais ont ainsi vu leurs salaires diminuer de près de 20%, les magistrats espagnols de 10%.

Concernant l'indépendance de la justice, en France, 60% des personnes interrogées pensent que la justice est indépendante, mais cela varie selon le moment du sondage parce que ce sont aussi les médias qui aident à faire l'opinion. Si vous effectuez ce sondage après une affaire pénale, un scandale judiciaire, la crédibilité diminue, donc c'est un peu par à-coup, mais le niveau de confiance est extrêmement faible dans beaucoup de pays.

Il est quasiment parallèle à la confiance dans les institutions publiques de l'État. Les pays d'Europe du Nord ont un taux de confiance dans leur justice plus élevé, mais ils ont aussi un haut niveau de confiance dans leurs services publics. En France, les citoyens ont confiance dans l'hôpital, l'armée, la police, et l'on a plus confiance dans la police que dans la justice, sauf lorsque les gens sont interpellés et mis en cause, là ils attendent généralement d'avoir plus confiance dans la justice que dans la police.



Ces enquêtes d'opinion sont donc à prendre avec beaucoup de recul, car améliorer davantage le système ne fera pas beaucoup bouger les résultats de ces enquêtes globales. En Tunisie, les gens continueront à rester très critiques sur la justice, la confiance nécessite une amélioration durable des relations et de la perception du changement positif.

Raccourcir les délais, simplifier les procédures, mieux informer, simplifier le langage judiciaire : ce sont des demandes et des attentes des citoyens que l'on trouve quasiment dans tous les pays. Une autre de ces demandes, c'est de pouvoir s'adresser au juge, de parler au juge, car c'est fondamental d'avoir dans certains contentieux la possibilité de pouvoir échanger avec lui, il y a des sociétés qui le facilitent plus que d'autres.

À côté de cela, il y a des enquêtes plus ciblées. Lorsque l'on se rend dans les pays méditerranéens, on peut remarquer dans quels secteurs de la justice investissent les Américains ou les investisseurs institutionnels. Là où ils mettent de l'argent, achètent des ordinateurs, forment des juges, c'est la justice commerciale, comme par exemple au tribunal de Tunis, c'est le registre du commerce, là où les entreprises viennent s'installer.

On peut mesurer l'investissement dans la justice et la perception de la justice par trois types d'investisseurs et trois types d'étude : l'enquête de la Banque mondiale, le rapport *Doing Business*, qui compare les systèmes de justice selon leurs performances et leurs résultats ; l'OCDE, qui utilise les chiffres du Conseil de l'Europe pour mesurer l'efficacité de la justice ; l'*EU Justice Scoreboard* de la Commission européenne, présentée la semaine dernière par la commissaire à la justice Viviane Redding, qui est la comparaison du fonctionnement des systèmes de justice dans 28 États européens – à l'exception de la Grande-Bretagne – à partir de données fournies par la CEPEJ du Conseil de l'Europe.

Ces trois études ont exactement le même objectif, celui de faciliter la croissance, c'est donc une approche économique de la justice et c'est l'approche fondamentale de *Doing Business*. Il faut que les investisseurs aient confiance dans le système de la justice, donc ce qui entre en jeu c'est la crédibilité des institutions, le niveau de corruption, de criminalité, etc. Tous ces indicateurs à partir desquels les pays sont classés selon la confiance mais aussi la facilité à faire des affaires : le délai pour inscrire une entreprise au registre du commerce, la facilité à exécuter un contrat et à obtenir un jugement civil ou commercial en exécution d'un contrat, la complexité du régime du droit du travail etc. C'est donc une conception de la justice fondée sur le libéralisme économique.

Sur les 144 pays comparés selon les indicateurs de *Doing Business*, parmi les pays les mieux considérés pour faire des affaires on trouve la Nouvelle-Zélande, la Finlande, les Pays-Bas, l'Irlande, la Suisse, l'Allemagne, la Norvège, Hong-Kong, le Danemark, l'Australie. Le premier pays arabe est le Qatar, à la dixième place, le premier pays d'Afrique noire est le Rwanda. La France est au 37^{ème} rang. Ces indicateurs sont extrêmement importants parce que les entreprises et les *lawyers* qui conseillent ces entreprises les utilisent.

Le problème c'est la méthode de calcul de ces indices. Ils ne sont pas calculés sur la base d'une enquête nationale, mais auprès d'entreprises de *lawyers* spécialisés qui savent le mieux comment la justice fonctionne dans tel pays ou tel tribunal. C'est la raison pour laquelle il y a



du *forum shopping*, un bon avocat conseillera d'aller plutôt dans tel pays, devant tel tribunal, d'avoir un arbitrage plutôt qu'une décision, c'est une question de stratégie.

Ce qu'il faut, ce n'est pas connaître le juge pour le corrompre, c'est savoir à quelle juridiction s'adresser, est-ce qu'il vaut mieux un arbitrage ou aller devant le tribunal, et si oui quels sont les arguments pertinents qui vont convaincre ce juge. Cette connaissance du système s'inscrit dans une stratégie procédurale en matière d'affaires qui illustre bien la répartition entre les affaires judiciaires et la place de l'arbitrage dans certaines sociétés. Plus les avocats font référence à l'arbitrage, moins ils ont confiance dans le système de justice traditionnel, son fonctionnement, ses délais, les types de décisions prises. Cette approche donne à réfléchir, car il n'y a pas qu'en matière commerciale que les gens font des arbitrages. Beaucoup préféreront des arrangements ou des transactions dans des affaires civiles voire pénales parce qu'ils n'ont pas confiance dans la façon dont la justice va résoudre le problème.

Mais si on souhaite approfondir davantage, il faut travailler sur une approche différente que sont les enquêtes de qualité conduites auprès des tribunaux eux-mêmes. C'est ce que nous avons fait à la CEPEJ avec une enquête-type que chacun peut adapter.

Ces enquêtes permettent de mesurer la perception par le justiciable, l'opinion et le degré de confiance de personnes qui ont eu effectivement affaire à la justice. Il y a eu beaucoup de ces enquêtes en Europe, pour mesurer la perception du juge, de la justice, des délais, lorsqu'on a eu un procès en matière civile ou pénale.

Ces enquêtes sont menées sur la base de deux indicateurs : la satisfaction du justiciable (la question « êtes-vous satisfait, très satisfait etc. », sur une échelle de 1 à 7 par exemple) et l'importance qu'il donne à cette question. On peut donc obtenir d'un côté des réponses très favorables (niveau de satisfaction élevé) associées au fait que les gens pensent que c'est très important : la qualité et l'impartialité du juge, l'impartialité de la procédure, le procès équitable, par-delà le seul résultat lié à la décision obtenue.

En revanche, concernant d'autres questions comme la propreté du tribunal, la proximité, les informations relatives à l'orientation à l'intérieur du tribunal, les taux de satisfaction sont élevés mais ce n'est pas important pour les gens. A l'inverse, on trouve trois aspects sur lesquels les satisfactions sont faibles alors que c'est important pour les gens : le coût du procès, les délais du procès, les délais d'attente à l'audience.

Ces enquêtes locales me semblent beaucoup plus importantes, parce que cela s'inscrit dans des projets de service permettant à un tribunal de faire des progrès en quelques années, ce que font les Suisses par exemple, à Berne ou à Genève. Tous les trois ans, ils se fixent des objectifs et mènent une grande enquête sur la qualité auprès de trois catégories de personnes : les usagers ordinaires, les avocats, les magistrats et les fonctionnaires du tribunal, qui sont aussi des usagers du service et qui vont relever certains problèmes : le fonctionnement du tribunal de la famille, les délais d'obtention des dossiers, la jurisprudence contradictoire entre certaines chambres etc. À partir de là l'ensemble des personnels du tribunal constitue un groupe qualité et essaie de tirer les leçons de ces résultats et d'améliorer sur deux ans le projet du tribunal.



L'idée, c'est que la confiance dans la justice peut se mesurer aussi à partir de choses extrêmement concrètes sur le terrain et qui permettent d'améliorer l'efficacité quotidienne de la justice. La confiance est absolument fondamentale au niveau national, c'est une question politique, ça l'est aussi au niveau local. L'investissement ne doit pas se faire seulement sur les textes mais aussi sur les juges, les professeurs de droit, toutes les personnes qui peuvent contribuer à développer l'État de droit.

Débat

Q : Je voudrais rebondir sur la question de l'appropriation des lieux investis et j'aimerais faire un parallèle avec le droit des étrangers en France, qui est à mon sens le droit des sans-droits, notamment sur cette appropriation des lieux investis. Récemment ont été délocalisées les audiences relatives au droit des étrangers, on a la possibilité de juger des étrangers dans des lieux proches des centres de rétention ou à l'intérieur. Ils sont donc à la fois retenus administrativement et jugés dans ces mêmes lieux, ce qui a posé de nombreux problèmes. Ils ne sont pas considérés comme des citoyens au regard du traitement de la procédure judiciaire et aucune des juridictions n'y a trouvé à redire, ni la Cour d'appel, qui a confirmé la régularité de ces audiences, ni le Conseil d'État. Ce qui me pose problème c'est que l'étranger, notamment en Tunisie, peut être mêlé à la même problématique, ne serait-ce qu'au niveau de la connaissance de la langue. Il m'est arrivé d'assister des clients et on rencontre de vrais problèmes au niveau de l'interprétariat et de la traduction, tant devant un officier de police judiciaire que devant un juge d'instruction ou un magistrat de première instance, ce qui à mon sens et au regard des standards du procès équitable devrait être envisagé.

Deuxième observation : je ne partage pas votre vision de la maîtrise par les avocats de la procédure, de la mise en état, j'en ai une lecture complètement différente. Le code de procédure civile tunisien pose quasiment le soupçon sur les rapports entre les avocats, et c'est le magistrat qui est totalement maître de la procédure. Cela commence dès la première audience et toute la suite de la procédure est rythmée par les échanges entre les avocats, à tel point que ces échanges hors audience n'ont même pas lieu. En France, on s'envoie les conclusions à l'avance et lorsque les avocats arrivent devant les magistrats, tout a été échangé. Là ce n'est pas le cas, il y a même un soupçon qui alimente ce rapport entre les avocats, c'est cela qui me pose problème et dans votre étude il me semble que des avocats auraient pu être associés à cette étude des tribunaux.

Je pense que la Tunisie a un instrument très archaïque qui devrait être dépoussiéré, tant le code de procédure que les moyens. J'en veux pour preuve que lorsque l'on veut enregistrer une assignation, on la dépose avec des originaux au bureau d'ordre sans la moindre décharge, au milieu d'un tas de documents. Vous partez en laissant un original sans savoir si vous pourrez le retrouver, sans qu'il y ait la moindre trace s'il est perdu, cela me semble très problématique.

Q : Ma première remarque concerne la confiance dans la justice. J'ai connu une femme victime d'une faute médicale, elle a perdu son enfant à cause d'une faute lourde de son



médecin, mais n'a pas demandé la réparation de son préjudice parce qu'elle disait ne pas avoir confiance dans la justice, la lenteur, le non-respect des délais. C'est une chose qui va encourager la vengeance privée, la justice aujourd'hui est entre la confiance et la méfiance.

Concernant le monde des affaires, ce qui compte c'est la crédibilité et l'efficacité de la justice, chose qui peut certainement être assurée par un juge technicien de la vie des affaires, c'est-à-dire un juge particulièrement ouvert au monde des affaires.

Q : Qui invoque la constitutionnalité des lois devant le Conseil constitutionnel en Algérie ? Est-ce que c'est comme devant le Conseil constitutionnel français, et est-ce que c'est un contrôle *a priori* ou *a posteriori*, ou les deux ensembles comme en France ?

Ahmed Mahiou : Concernant le Conseil constitutionnel algérien, il y a des textes dont il est saisi *a priori*, avant même qu'ils ne soient promulgués. Ils sont contrôlés pour voir qu'ils sont conformes à la Constitution, mais c'est un nombre de textes assez réduit, ce sont essentiellement les lois organiques qui organisent certaines procédures, qui concernent le parlement, la justice etc. En revanche pour la plupart des textes, c'est un contrôle *a posteriori*. La loi a été adoptée, elle est portée devant le Conseil constitutionnel qui va vérifier si toutes les dispositions sont conformes ou non. Lorsqu'il estime que certaines doivent être écartées, il se prononce et le Parlement reprend le texte à amender dans le sens indiqué par le Conseil. Dans la pratique, il est très peu saisi, car seules trois autorités peuvent le saisir, le chef de l'État, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat, qui ne sont pas très actifs. En dehors du contentieux électoral pour lequel le Conseil reçoit quelques recours par an, c'est une institution qui fonctionne un peu à vide. Il est d'ailleurs question de réformer le processus de saisine en s'inspirant un peu du modèle français mais c'est encore à l'état de débat, il n'y a aucune proposition concrète et précise qui a été faite.

Comme le Conseil constitutionnel est très peu saisi, il y a peu de jurisprudence constitutionnelle, donc il n'y pas beaucoup de conclusions à tirer du fonctionnement de ce Conseil. Il m'apparaît à bien des égards comme un peu inutile, et si on ne change pas profondément la procédure de saisine pour qu'il soit plus actif, il n'accomplira pas vraiment sa mission comme le souhaiterait le justiciable ou les observateurs du monde politique ou judiciaire.

Tony Moussa : Il y a certaines questions que nous n'avons pas eu le temps d'évoquer et que je voudrais mentionner pour mémoire. Pour ce qui concerne l'indépendance du juge, et non pas seulement de la justice, il y a un aspect – le doyen Mahiou y a fait allusion – qui je pense mériterait d'être examiné dans les détails : dans les pays où il y a manifestement un système de corruption flagrant, est-ce qu'il n'y a pas lieu d'examiner s'il n'y a pas un lien entre la rémunération du juge et la corruption ? Est-ce que le juge a les moyens financiers, matériels qui peuvent finalement le protéger contre toute tentation de la part de ceux qui cherchent à le corrompre ? A l'inverse, là où il y a des pays où le juge mène manifestement un train de vie luxueux qui est sans lien avec sa rémunération, est-ce qu'il ne faudrait pas se poser la question de le soumettre à une déclaration de patrimoine comme maintenant on l'exige de certains responsables élus ou politiques ?



Je souhaiterais également mentionner qu'il y a une Charte arabe des droits de l'homme et au mois de septembre dernier la Ligue arabe a annoncé la création d'une Cour arabe des droits de l'homme dont le siège a été fixé à Bahreïn mais dont pour l'instant nous ne connaissons pas la composition ni la compétence.

Enfin, Antoine Garapon a signalé, après le doyen Moussa qui a inauguré nos travaux, qu'un droit doit être investi pour qu'il soit vraiment efficace, qu'il faut s'approprier le droit. Mais qui peut s'approprier le droit, surtout face aux tribunaux, face au juge ? Certainement les justiciables mais à travers les avocats, et nous n'avons pas eu le temps d'insister suffisamment sur le rôle de l'avocat dans le procès équitable. Ce qui m'amène à évoquer cette question, c'est que pour défendre le procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, il y a une Cour et s'il n'y avait pas cette Cour, je pense que le texte serait resté pratiquement lettre morte. Pour montrer l'importance de la présence de l'avocat, son rôle dans l'application de l'article 6, une simple consultation du site Légifrance permet de constater qu'en recherchant dans la jurisprudence judiciaire de la Cour de cassation à l'aide des termes « article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », on obtient 19 056 résultats, ce qui veut dire que dans 19 056 pourvois, l'article 6 a été invoqué ou appliqué par le juge.

Si on entre la formule que nous utilisons à la Cour de cassation et qui annonce la cassation, « et vu l'article 6 », ce qui veut dire qu'on s'est fondé sur l'article 6 pour casser, nous obtenons 1435 décisions de cassation, fondées soit totalement soit partiellement sur l'article 6. Si on fait le même exercice sur le site du Conseil d'État on trouve 2311 mentions dans des dossiers où l'article 6 a été appliqué. Tout ceci pour dire que si ce texte a été autant de fois cité ou appliqué, c'est grâce aussi en grande partie aux avocats, parce que le juge n'aurait pas été amené spontanément à appliquer ou invoquer l'article 6.

Q : Pour rejoindre les propos de Tony Moussa, ce qui m'a interpellé au long de ces travaux c'est qu'on a un peu occulté l'aspect matériel, à savoir les émoluments des magistrats. Je voudrais rappeler un exemple de ce qui s'est passé au Maroc, lorsque le Club des magistrats a commencé à manifester, cet aspect faisait partie de leurs revendications, mais de manière beaucoup plus pudique, parce que c'est un peu moins noble que les autres revendications telles que l'indépendance, mais néanmoins aussi essentielles sinon plus. Dans l'opinion publique marocaine, lorsqu'il ont vu les juges brandir des pancartes où étaient détaillés leurs postes de dépense, leurs salaires, combien ils allouaient au loyer de leur domicile, le crédit de leur véhicule, cela a désacralisé le magistrat. Les gens se sont rendus compte qu'il s'agit d'un citoyen comme un autre confronté aux mêmes difficultés matérielles de la vie et ils ont aussi compris que les magistrats envoyaient une sorte de message subliminal : je pourrais m'accommoder de mon faible salaire mais me servir autrement, ou bien je pourrais demander une augmentation de sorte à préserver mon intégrité et à éloigner de moi autant que faire se peut la tentation de me voir corrompre. Le plus honnête des magistrats peut pour des raisons de santé par exemple être tenté de se servir ailleurs si son salaire ne lui permet pas de faire face aux exigences de ses besoins les plus élémentaires. Les aspects nobles, les principes du procès équitable, sont importants, mais il faut aussi rappeler ces éléments accessibles au commun des mortels, au citoyen lambda, qui lui ne comprend pas cela et qui avec un peu de



recul peut saisir le message qui passe au travers de revendications qui passent pour être banales.

Antoine Garapon : Suite à la dernière conférence à Alexandrie consacrée à la corruption, nous avons continué à travailler à l'IHEJ sur la corruption avec des chercheurs, notamment des pays arabes, et dont il ressort quelque chose de très intéressant : l'argent n'a pas l'exclusivité de la corruption, d'où la difficulté de transposer – ce que voudrait faire le législateur français – les règles de déclaration du capital, car il y a en fait beaucoup d'autres motivations de nature politique ou d'affiliation, de renvoi d'ascenseur. La corruption est un phénomène plus complexe que cela.

Nizar Saghih : Je voudrais rebondir sur votre questionnement à propos du lien entre procès équitable et révolution, et qui pose plus de questions que de réponses. Il faut bien noter que dans nombre de révolutions dans le monde arabe, cela a commencé par un procès qui n'était pas équitable. Par exemple en Libye, c'est l'affaire des disparus d'Abou Salim, qui a été le déclencheur de la révolution à Benghazi, en Égypte, c'était l'affaire de la torture de Khaled Saïd. Ce sont ces procès inéquitables qui ont mis les gens en colère, suscité des manifestations, des solidarités. Et même au Liban dernièrement la plus grande manifestation civique a eu lieu autour d'un procès concernant une femme victime de violences, et dont le procès n'a pas été équitable.

Cette question du procès équitable qui pose problème et à laquelle les médias sont devenus beaucoup plus sensibles, est-ce cela qui ferait que les revendications révolutionnaires pourraient être canalisées à travers la justice, à travers les conflits dont vous parliez ?

On a fait beaucoup de recherches, au sein de *Legal Agenda*, sur les mouvements collectifs des juges, au moment de la révolution et après, mais jusqu'à maintenant on n'a pas été capable, et cela demanderait beaucoup plus de recherches, de savoir quel est l'effet de ces mouvements collectifs sur le travail du juge à l'intérieur de son tribunal. Est-ce que cela a fait en sorte que les règles du procès équitable sont plus respectées ? Une autre question qui pourrait avoir un lien beaucoup plus fort avec la révolution c'est de savoir comment le juge maintenant dans le monde arabe conçoit sa propre fonction, c'est la question de l'appropriation du droit. On n'a pas seulement un problème pour appliquer le droit, on a un problème avec le droit actuel, la loi actuelle, qui n'est pas faite la plupart du temps par les gens, mais par une autorité qui vient de l'extérieur ou même importée, donc on n'a pas eu le temps de réfléchir, de faire des débats sur notre droit.

Est-ce que les tribunaux pourraient devenir l'arène où on discute réellement de notre droit, de nos règles juridiques, où le juge pourrait être un entraîneur de la société et non pas seulement la bouche de la loi ? On a très peu parlé de cela au sein de cette conférence, ça pourrait être un thème pour la conférence prochaine, la fonction judiciaire au lendemain de la révolution, comment un juge définit sa propre fonction et notamment à l'égard de la loi.

Q : J'adhère à ce qui a été dit mais je voudrais ajouter une chose, c'est qu'il se trouve que dans la pratique quotidienne, nous sommes des justiciers un peu procéduriers. Or, on ne peut pas parler de procès équitable avec des monceaux de dossiers et peu de magistrats. Y a-t-il des



solutions pour qu'il y ait une forme de frein à ce nombre extraordinaire de procès dans notre pays, pour vraiment laisser au juge la possibilité d'appliquer les principes invoqués tout au long de cette conférence ?

Q : J'ai deux problèmes que je voudrais partager : le premier avec Antoine Garapon sur la mesure de l'équité ou l'« équitabilité » du procès. En vous écoutant, j'ai l'impression qu'on est un peu partagés, tentés par l'admiration du modèle américain du recours à ces indicateurs. Je n'ai pas pu m'empêcher de voir la patte de l'école de Chicago, celle du *Law & Economics*, cette prédominance de l'économique sur le juridique dans les instruments de mesure de l'équité du procès. Je me dis que l'équité ne devrait pas être limitée à ces instruments, car comme dirait Saint-Augustin, la mesure de l'amour c'est d'aimer sans mesure.

Deuxième questionnement que je soumetts à Ahmed Mahiou au sujet de notre hésitation, pour ne pas dire notre évitement du recours à la notion de standard juridique. Le procès équitable est-il vraiment un standard juridique ? Je ne parle évidemment pas de standard international ou de civilisation, mais en vous écoutant, j'ai l'impression qu'on se rapproche de plus en plus des ingrédients d'un principe général du procès équitable, très largement partagé, du moins sur le plan régional et en tout cas « précipité » – je reprends la notion d'Antoine Garapon – à l'aune de ces mouvements révolutionnaires. Il ne s'agit pas de coutumes sauvages, mais peut-être de principes généraux un peu précipités qui du coup résoudraient ce problème de modèle, parce qu'on a toujours du mal avec ces standards qui viennent de l'extérieur, du Nord. Mais cette fois la question est plus ou moins résolue, ça vient d'en bas, du local, des éléments sont là, largement partagés. Il suffit juste de reconnaître ces principes, ils sont là mais de façon innommée : ce sont des principes généraux, précipités et innomés.

Ahmed Al Koshery : Je partage les soucis et les souhaits qui ont été exprimés par mes collègues mais je me permets d'ajouter une autre dimension. Je crois devoir attirer notre attention sur le fait que la base de toute justice, de tout travail sur le plan juridique, commence par un bon étudiant en droit. Malheureusement, j'ai vécu à titre personnel la tragédie de voir dans mon propre pays l'invasion des facultés de droit par des milliers de gens mal préparés à étudier le droit, qui n'avaient aucune motivation, qui étaient juste envoyés par un bureau central afin de ne pas rester dans la rue à ne rien faire.

Leur souhait après quatre ans à la faculté de droit, ce n'était pas d'étudier le droit mais d'avoir un poste au gouvernement avec le plus bas salaire possible. J'ai vécu cette expérience douloureuse en enseignant le droit international privé. Je faisais beaucoup d'efforts, j'ai essayé une fois de leur donner comme exemple une affaire très connue en France, une affaire très intéressante, mais devant moi il y avait au moins 3000 étudiants, je ne voyais pas la fin de l'amphithéâtre, avec des gens presque dormants. Soudain je me suis arrêté en demandant si je parlais arabe ou chinois, si les étudiants me comprenaient. Il y a eu un grand silence, et soudain une voix du Sud de l'Égypte s'est élevée : « Monsieur le professeur, vous perdez votre temps, nous n'irons jamais voir une affaire de droit international privé, nous voulons le papier pour être nommés comme fonctionnaires dans les coopératives en Haute Égypte, alors donnez-nous le papier et ne vous fatiguez pas ». C'était une période où le gouverneur du Caire avait même déclaré dans les journaux lors d'une manifestation : « le droit est en vacances ».



Comment dans un climat pareil pouvez-vous espérer faire sortir de l'université des avocats ou des juges ? La qualité est mauvaise, c'est comme ça qu'on a eu presque une génération perdue, même les professeurs de droit n'enseignaient pas le bon droit, ils n'avaient pas les compétences pour former des juristes de premier plan.

Je ne sais pas si l'exemple de l'Égypte est comparable, mais l'essentiel c'est que des facultés de droit doivent sortir des gens capables de comprendre, de vivre le 21ème siècle. Tous les malheurs que nous avons c'est parce qu'il y a des gens qui vivent encore au Moyen Age, pour eux le droit c'est répéter ce que le professeur a dit, ils n'utilisent pas leur cerveau. Il faut remplir ces cerveaux vides avec la vérité, c'est la première étape pour avoir de bons avocats qui peuvent faire fonctionner les tribunaux de façon convenable, et des juges dignes de ce nom qui peuvent faire progresser le monde arabe dans la voie universaliste.

Mahfod Al Twati : Dans les universités, il y a des étudiants qui ne savent ni écrire ni lire même en arabe, mais j'ajouterai qu'il y a aussi un problème de moyens. Il n'y a pas de moyens suffisants dans les pays arabes, en Libye les facultés de droit manquent même de bibliothèques.

Concernant les étudiants qui répètent ce que leur professeur leur dit, moi j'ai été étudiant, je me souviens bien de mes professeurs qui nous disaient « il faut dire comme je dis, n'essaie pas d'analyser, parce que c'est moi qui connais le droit, la vérité ». Ce n'est pas seulement un problème entre les étudiants et les professeurs, c'est aussi un problème de système éducatif.

On a beaucoup parlé de la justice interne dans cette conférence, de la justice dans chaque pays, mais on ne doit pas oublier la justice internationale. On a parlé de la confiance entre les juges, de l'indépendance des juges face au pouvoir politique. Mais à mon avis il est un peu difficile de parler de l'indépendance des juges internationaux, de l'indépendance du procureur de la Cour pénale internationale à la Haye et d'en convaincre le peuple syrien par exemple, même si bien sûr il y a le Conseil de sécurité de l'ONU qui peut transférer un dossier à la CPI. Mais en Libye il y a eu les affaires du fils Kadhafi et d'Al Senoussi, dont la Cour a demandé le transfert. On parle toujours du procès équitable interne en France, en Libye, en Égypte, de la confiance entre les juges, mais on a peut-être oublié de parler du procès équitable international.

Q : Je rejoins les propos sur l'impossibilité d'avoir une magistrature indépendante si on n'a pas de magistrats compétents. On met le doigt sur le vrai problème, on doit travailler maintenant sur l'amélioration de la fonction judiciaire. En Tunisie nous sommes maintenant dans une phase transitoire et en même temps dans une phase de justice transitionnelle. C'est une phase où on va faire un diagnostic de la législation et en même temps de notre jurisprudence, c'est-à-dire que l'on va classer les matières – le droit économique, urbain, sanitaire, pénal etc. – et les domaines qu'elles régissent. Il faut ensuite entamer l'appréciation, c'est la deuxième étape, apprécier la jurisprudence, la législation, la doctrine, avant d'aller vers la réforme. On a maintenant entamé la réforme structurelle, mais en même temps on doit aussi procéder à la réforme fonctionnelle. Il faut aller vers l'amélioration des compétences des magistrats, on doit travailler sur ce domaine, mais on ne peut pas aller vers la réforme avant d'avoir franchi les étapes du diagnostic et de l'appréciation.



Ahmed Mahiou : Une petite remarque sur la présence de personnes qui ne sont pas des magistrats dans les tribunaux et notamment les jurys populaires, surtout en matière pénale. Il est vrai que cela pose problème et que ce n'est pas toujours évident. La démocratisation de la justice doit-elle aller jusqu'à permettre à chaque citoyen de devenir juge et rendre la justice ? Dans l'idéal, le principe lui-même n'est pas contestable mais dans l'application, est-ce que vraiment n'importe quelle personne est habilitée, en étant tirée au sort, à siéger dans un jury et à se prononcer ? J'avoue que personnellement j'ai des doutes sur cela.

C'est beau un principe mais reste à voir ce que peut être la pratique, j'ai des doutes sur ce plan là comme on peut avoir des doutes, mais là c'est moins certain, sur les membres des juridictions professionnelles, par exemple la présence de commerçants, de représentants des travailleurs et du patronat dans les juridictions sociales, ça peut donner matière à débat. Je pense que tout est un problème de fonctionnement réel de ces juridictions, mais j'avoue qu'à l'égard des jurys populaires j'ai une certaine méfiance. Il y a des limites à la démocratisation, parce qu'on tombe un peu dans la démagogie, démagogie dans laquelle on est tombé en matière d'enseignement, et notamment dans l'enseignement supérieur dans presque tous les pays arabes.

Je cite toujours l'exemple que je connais le mieux, l'Algérie, où effectivement les professeurs de droit ont devant eux en première année, 1000, 1500, 2000 étudiants. Comment voulez-vous qu'ils puissent former sérieusement 2000 étudiants, à l'allure où on va, il faudra bientôt faire des cours dans des stades. On a en première année jusqu'à 5000, 10 000 étudiants, on n'a pas d'amphithéâtres pour les contenir. C'est cette idée que tout le monde doit avoir accès à l'enseignement, mais tout le monde ne peut pas arriver jusqu'à l'université. On a cette démagogie qui est de distribuer le baccalauréat, la notation de l'examen n'est plus une évaluation technique des connaissances de l'élève, c'est une statistique que le gouvernement décide. Il ne faut pas que le taux de réussite au baccalauréat soit inférieur à 70% sinon ça va susciter des protestations populaires, donc il n'y a plus d'évaluation sérieuse.

Conclusion : à ce jour l'Algérie compte environ 35 millions d'habitants, soit à peu près la moitié de la France, or nous avons autant d'étudiants que la France rapportés à la population, 1 million 100 000 étudiants, alors qu'en France il y en a 2 millions 300 000, sauf qu'on a dix fois moins de professeurs compétents. Quand je mets en cause le niveau des étudiants, ce n'est pas eux qui sont responsables, ce sont leurs enseignants.

J'ai rencontré il y a quelques années le ministre de l'Enseignement supérieur, qui m'a demandé ce qu'on pouvait faire pour améliorer le niveau des étudiants. J'ai répondu qu'il fallait renvoyer 50% des professeurs d'université pour incompétence. 50% des enseignants algériens n'ont pas les compétences pour être professeurs d'université, c'est la triste réalité qu'on refuse de voir.

On a fait des diplômes, des sortes de faire-valoir, maintenant l'étudiant vous dit j'ai le droit d'aller jusqu'au doctorat. Dans ce domaine on est dans la statistique, dans le rendement, c'est une catastrophe, voilà la façon malheureusement dont on gère aujourd'hui l'enseignement supérieur dans la plupart des pays arabes.



Sur le procès équitable, c'est effectivement devenu un principe général de droit qui figure dans beaucoup de textes, mais justement du fait de cela, du fait que la jurisprudence le constate. C'est-à-dire que même à l'égard des États qui n'ont pas ratifié les conventions internationales ou régionales consacrant toutes les règles du procès équitable, on peut dire maintenant que c'est pratiquement un principe général de droit qui peut être invoqué en tant que tel.

Tout le problème du procès équitable repose finalement sur ce problème de l'indépendance du juge mais si on veut que ce procès équitable se déroule correctement, il faut qu'on ait des juges compétents, une qualité première qu'il faudrait ajouter aux trois « I », indépendance, impartialité, intégrité.

Jean-Paul Jean : Au Conseil de l'Europe, nous avons pour les juges toutes les comparaisons au niveau des salaires pour chaque pays. Les résultats montrent que ce n'est pas forcément dans les pays où les juges sont les mieux payés que la justice marche le mieux. Heureusement la motivation des juges fonctionne à partir d'autres ressorts que le seul intérêt financier, même si nous estimons qu'il faut un salaire d'un niveau correct pour les juges au regard de leur statut et pour éviter la corruption. On a beaucoup d'autres indicateurs, notamment la part du budget de la justice investi dans la formation initiale et continue des magistrats et la qualité de cette formation.

Concernant l'université, cela fait dix ans que j'ai la chance de n'intervenir que dans des Master 2. Faute de sélection préalable, il arrive que dans certaines disciplines on dédouble des amphithéâtres avec des écrans dans d'autres salles. Existe aussi le développement de l'enseignement en ligne et la sélection en première et en deuxième année par un système de QCM.

Un autre constat que l'on fait dans tous les pays d'Europe mais aussi tous les pays arabes, c'est la masse des affaires dont sont saisis les tribunaux. Peut-on rendre un procès équitable sur la masse des affaires ? À cet égard, je suis pour une approche *Law & Economics*, mais il faut faire la part des bonnes et des mauvaises choses.

Les Autrichiens, comme d'autres pays, ont un système très simple et efficace, sur lequel je suis critique parce qu'il limite le plus possible l'aide judiciaire pour accéder au procès et parce qu'il impose le paiement le plus élevé de frais de justice en matière civile. Le système est donc inégalitaire au sens où il conduit à réserver la justice d'abord aux seules personnes qui ont les moyens de se payer un avocat, de faire des contentieux etc. C'est un choix pour certaines sociétés. L'équilibre est délicat parce que ce qu'on observe sur les cinq dernières années, depuis la crise de 2008, c'est que tous les États essaient de diminuer les budgets d'aide juridictionnelle, l'accès à la justice des catégories les plus pauvres, et ceci est un vrai choix politique.

Je pense qu'il faudrait avoir des systèmes plus souples qui permettraient que, dans les cas qui en valent juridiquement la peine, qui peuvent mener à des procès intéressants, constituer une jurisprudence importante, le juge ou une commission de juges décide de prendre en charge les



frais du procès. On distinguerait les procès répétitifs et les affaires d'importance, pas forcément sur le plan financier mais pour une question de principe.

En matière pénale, la tendance en Europe, c'est le caractère quasiment automatique de toute une part de la justice, avec des peines d'amende quasiment fixes pour certaines infractions et un système de *plea guilty* et de transaction pour toute une masse des affaires. Dès qu'on ne conteste pas l'infraction, on peut tomber sur un accord. Je suis personnellement plutôt partisan de cela, c'est-à-dire de réserver toutes les garanties du procès équitable et le temps du procès aux affaires qui sont discutées et discutables, et d'aller assez vite pour les autres. C'est un problème d'économie, on ne traite pas tout de la même façon, mais on a une mise en état efficace avec des voies procédurales différentes. Tous les systèmes judiciaires embouteillés ne font pas la distinction dans les catégories d'affaires et traitent tout de la même façon, en matière pénale comme en matière civile. C'est là que nous essayons de faire un peu de conseil, de montrer comment cela peut marcher, parce que ce sont des choix de stratégies.

En Tunisie ou en Jordanie, beaucoup de procès concernent l'indemnisation des accidents de circulation et le mode de calcul. Ce sont deux problèmes différents à traiter, la responsabilité, et le système d'indemnisation qui doit se faire sur des méthodes objectives (qu'est-ce qu'un préjudice matériel ?) et sur lequel on peut avoir des tables de référence, des barèmes indicatifs. Ensuite le juge décide sur les questions essentielles, il ne refait pas tous les calculs qui prennent un temps considérable.

Il y a donc des choix radicaux pour qu'un système marche bien et qu'il ait toutes les garanties du procès équitable. Il faut que toutes les affaires très simples soient jugées de façon non automatique mais avec une rationalité économique et une marge de recours pour les justiciables, telle que définie par la Cour européenne des droits de l'homme.

L'interprétariat est devenu une priorité pour le droit européen et une directive européenne récente vient d'être retranscrite en droit français, qui oblige de traduire de nombreux éléments en matière pénale. Dans les statistiques que j'ai présentées, quand j'ai parlé des grands progrès qu'on a vus dans les ex-pays d'Europe de l'Est, les trois progrès les plus importants ont été : l'augmentation du nombre des avocats – plus il y a d'avocats, plus le système est un système d'État de droit ; le développement de l'aide publique pour payer l'avocat en matière pénale, avec l'application de l'article 6 qui dispose que toute personne peut être défendue en matière pénale par un avocat même si elle n'en a pas les moyens ; le droit à l'interprète et à la qualité et l'impartialité de l'interprète, une question de plus en plus importante dans des procès criminels.

Il y a donc eu de gros progrès, et au niveau européen, l'accent a été mis sur ces priorités essentielles pour améliorer la qualité d'un système : l'aspect économique – on ne gère pas toutes les affaires de la même façon ; améliorer la qualité de l'avocat, sa rémunération, et l'interprétariat. Il y a donc d'un côté du prêt-à-porter, de l'industriel pour la masse, et du sur-mesure pour que les gens soient bien défendus et aient droit à un procès de qualité. C'est une politique publique longue et coûteuse.



Antoine Garapon : Je pense que la question de savoir ce que fait un juge et le nouveau rapport des juges avec la loi est une préoccupation majeure. Avec Sylvie Perdrille et un autre collègue, nous avons rendu un rapport à la Garde des sceaux, Mme Christiane Taubira, précisément sur ce que fait le juge, et notamment comment il considère sa nouvelle place par rapport à la loi.

Sur l'école de Chicago, il ne faut pas se tromper, aux États-Unis seuls 2 à 3% des affaires arrivent devant les juges et consomment des biens publics, 97% des affaires sont traitées uniquement par le *settlement*, par la négociation qui pose parfois d'autres difficultés.

La question du tribunal international est une très bonne question, on n'a pas pu la traiter mais ce que l'on a observé en France, et ça été présent dans tous nos travaux, c'est que l'impartialité du juge français a été renforcée par l'appui des juges européens, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour du Luxembourg. C'est le côté vertueux de la mondialisation, c'est-à-dire la complémentarité qui est en train de s'installer avec le juge international qui n'est plus vraiment un juge international. Pour nous, le juge de Strasbourg c'est un juge qui n'est pas tout à fait français ni tout à fait étranger non plus, parce que nous avons ces valeurs en commun. Il faudrait que l'on s'intéresse à l'avenir à cette question.

LANCEMENT DE L'IEDJA

Antoine Garapon

En conclusion de ces travaux, je souhaiterais vous parler d'une initiative née après la dernière rencontre d'Alexandrie, où l'on avait été frappés par la qualité des échanges, par l'importance des enjeux et par la nécessité de réchauffer ce lien entre les deux rives de la Méditerranée, qui est une grande préoccupation de notre part. Nous avons eu l'idée de lancer une initiative en créant un Institut d'études sur le droit et la justice dans les sociétés arabes, bilingue, français et arabe, et on espère un jour trilingue, parce que ce qui est important c'est moins une question de langue que de partage des valeurs. La langue française porte des valeurs, la langue anglaise en porte beaucoup aussi, ce qui est important c'est de partager ensemble ce qu'il y a d'universel dans le droit.

Nous avons lancé cette initiative dans le but de réinventer un lien entre les deux rives de la Méditerranée après les révolutions arabes, car ça ne peut plus être comme avant, et à notre avis, cela doit passer par trois choses essentielles. D'abord, l'intérêt porté à la jeune génération. Avec le Printemps arabe, les jeunes doivent avoir la possibilité d'accéder à la connaissance, à la réflexion, au partage des connaissances.

Deuxième élément, l'excellence. Nous avons tous insisté sur la qualité de la formation, de la réflexion sur le droit, donc il faut se centrer sur l'excellence et l'exigence qui est une manière de communiquer en partageant cela ensemble.

Troisième élément, le droit. Le droit ce n'est pas uniquement de la technique, le droit c'est avant tout des valeurs que nous lui prêtons dans une sorte de consensus pour vivre ensemble



pacifiquement et selon des principes fondamentaux, dont bien sûr le procès équitable est un élément central.

Ahmed Al Koshery

Je suis depuis très longtemps convaincu qu'on pourrait, par des moyens qui sont autres que des initiatives gouvernementales, qui n'ont aucune qualité officielle, faire avancer la vie sociale et la vie intellectuelle. Je suis parmi ceux, nombreux, qui croient au droit, à la valeur suprême du juridique, et en même temps je suis convaincu que les points qui relient les peuples du monde arabe sont infiniment plus importants que n'importe quel autre lien, donc il faut une action collective pour échanger nos points de vue, nos problèmes, et envisager les voies pour les résoudre.

Je suis arrivé à un âge où j'aimerais bien, avant de quitter ce monde, assister au début d'une marche. Quand je suis venu en Europe pour la première fois en 1956, il y avait à l'époque le projet du marché commun entre six pays européens. J'étais étonné, je me demandais comment les Allemands pouvaient se joindre aux Français, il y avait eu la Seconde guerre mondiale, les guerres de Bismarck, de Napoléon III, comment pouvaient-ils vivre ensemble et faire le marché commun ? Je me disais qu'ils devaient être des gens hors du commun ou des fous...

A la même époque, nous dans le monde arabe, parlions d'unité arabe et du marché arabe. Vingt ans plus tard, les Européens y sont arrivés, et nous, avec tous les liens qui nous unissent, sommes plus séparés que jamais. Il faut qu'une génération relève le défi de bâtir un monde nouveau, nous ne pouvons pas faire ce monde sans le concours des autres, sans nous ouvrir vers l'autre partie du monde.

Le monde est devenu un grand village, donc il faut vivre, profiter du progrès réalisé, mais il faut que nous, citoyens des pays arabes, ayons notre place sur cette planète là, par la science, la conscience, le travail constructif, et pour cela le droit est le monde privilégié. Historiquement nous étions, dans presque tous les pays arabes, influencés par le modèle français qui a ouvert en Égypte la voie de la modernisation. L'Égypte a opté pour le code napoléonien dès 1874, c'est-à-dire il y a près de deux siècles, nous avons eu les tribunaux réformés, nos grands maîtres. Je dois énormément à la génération de Sanhuri Pacha, qui a fait ses études à Lyon et qui a contribué à faire le nouveau code civil en Égypte.

Il y a tellement de liens qu'il ne faut pas vivre sur un passé révolu, ou s'arrêter sur des petits incidents ici ou là. Je suis arrivé en France la même année où le canal de Suez a été nationalisé, il y avait de l'hostilité, mais il y avait aussi des points de rencontre. J'ai rencontré, grâce à mes maîtres français, des gens qui nous ont ouvert leur porte, des esprits éclairés, des gens capables de faire des miracles, toute cette génération de professeurs, à l'époque où il n'y avait qu'une seule faculté de droit à Paris, celle de la rue Saint-Jacques...

C'est pour cela qu'il faut qu'on fasse des efforts ensemble, pour avoir le bénéfice de créer quelque chose de bien. Pour mériter la vie, il faut travailler, le jour où on ne travaille plus, il vaut mieux quitter ce monde là. Je me sens jeune encore dans mon cœur, et je dois apporter ma propre contribution aux progrès de notre jeunesse, surtout ceux qui font du droit et qui se



destinent à devenir des avocats ou des juges, à la réussite d'une association privée non gouvernementale au profit de certaines valeurs que je considère comme sublimes.

Tony Moussa

Ce nouvel institut a été créé à l'instar de l'Institut des hautes études sur la justice qui, en France, a fait la preuve de son utilité, surtout au niveau de la réflexion, parce que la justice ce n'est pas uniquement dans les tribunaux. La justice a besoin de lieux de réflexion, d'hommes et de femmes qui contribuent par leur réflexion, leurs écrits, leur participation à tout ce qui est manifestation juridique, à faire avancer le droit et en le faisant, ils se mettent au service de la justice.

Cet Institut d'études sur le droit et la justice dans les sociétés arabes a été lancé pour créer une sorte de pont entre les deux rives de la Méditerranée, et c'est en cela que j'ai été sollicité, à mon corps défendant parce que j'estimais qu'il valait mieux prendre des gens qui sont au début de leur carrière et non pas à la fin. J'ai cédé à l'amicale pression pour dire que ce qu'on souhaite finalement à travers cet institut c'est qu'il devienne un lieu d'expression, de réflexion et de diffusion.

Un lieu d'expression : nous souhaiterions surtout insister au début sur ce premier point. Il faut que cette coquille vide pour l'instant puisse être remplie petit à petit, par la contribution de vous tous, de tous les juristes du monde arabe, francophone, des juristes français mais aussi anglophones parce que la langue n'est qu'un véhicule et l'essentiel c'est de savoir ce qu'on veut véhiculer. Nous pouvons trouver quelle que soit la langue un intérêt à ce que cette expression puisse exister. Cet institut a vocation à pouvoir accueillir tous les gens qui ont quelque chose à exposer, à dire, à faire valoir et qui puissent faire avancer le droit et les valeurs communes.

Un lieu de diffusion ensuite parce qu'on espère que cet institut sera connu le plus rapidement possible à travers son site Internet et on vous demandera de le faire connaître, parce que cela ne sert à rien de mettre beaucoup de choses sur un site si le plus grand nombre n'y a pas accès ou n'a pas connaissance de son existence. Petit à petit, cet institut sera appelé à vivre et on espère que vous contribuerez tous à ce qu'il vive, grandisse, s'enrichisse et qu'il devienne vraiment ce pont qu'on imagine entre les deux rives de la Méditerranée.



TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos	7
INAUGURATION, EXPOSÉS INTRODUCTIFS	9
1. Fadhel Moussa, <i>le procès équitable dans la nouvelle constitution tunisienne</i>	13
1.1. De la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 comme « réceptacle » du procès équitable	
1.2. De l'État de droit comme référentiel du procès équitable	
1.3. Du pouvoir juridictionnel comme « habitat » du procès équitable	
1.4. La genèse et la mise en forme du droit au procès équitable.	
<i>Débat</i>	25
2. Tony Moussa, <i>Le procès équitable : son histoire, son évolution et ses contours</i>	28
2.1. Les garanties générales du procès équitable	
2.2. Les garanties spécifiques au bénéfice de l'accusé	
3. Ahmed Al-Koshery, <i>Dans quelle mesure les pays arabes se conforment aux valeurs universelles du procès équitable ?</i>	48
<i>Débat</i>	50
4. Christian Vennetier, <i>état des lieux.</i>	57
5. Salsabil Klibi, <i>Le droit à un procès équitable en Tunisie : état des lieux du droit processuel</i>	58
6. Ahcène Bouskia, <i>Le procès équitable : le cas de l'Algérie</i>	64
6.1. Le procès équitable dans les textes	
6.2. Le procès équitable à l'épreuve de la pratique	
7. Aladin Abdallah Khasawneh, <i>Le cas jordanien</i>	67
<i>Débat</i>	69
8. Khaled El Dib, <i>Le procès équitable du point de vue d'un avocat égyptien : entre réalité et espoir</i>	73
9. Latifa El Mahdati, <i>Le procès disciplinaire carcéral équitable</i>	77
9.1. Extension de la notion du procès équitable à la phase de l'exécution	
9.2. Le procès carcéral disciplinaire	
10. Saadia Wadah, <i>La sécurité judiciaire au Maroc</i>	81
<i>Débat</i>	83
11. Mohamed Ali El Haissan, <i>Les commissions régionales du Conseil national des droits de l'homme et la justice transitionnelle au Maroc</i>	87

LES ACTEURS DU PROCÈS ÉQUITABLE	89
1. Première table ronde : un double engagement technique et éthique	
1.1. Bernard Lavigne, <i>Les procureurs</i>	
1.2. Essam Farag, <i>Les juges</i>	
1.3. Mahfod Ali Twati, <i>Les avocats</i>	
<i>Débat</i>	105
2. Deuxième table ronde : comment mettre en œuvre une réforme ?	111
2.1. Nizar Saghie, <i>La hiérarchie judiciaire et la liberté d'expression des juges</i>	
2.2. Iyadh Chaouachi, <i>La réforme de la justice : mode d'emploi</i>	
2.3. Harold Épineuse, <i>Éthique, déontologie, responsabilité : de la valse des réformes au débat permanent</i>	
<i>Débat</i>	129
3. Conclusion de la deuxième journée, Aiman Odeh, <i>L'indépendance de la justice, condition du procès équitable</i>	135
3.1. La nomination des magistrats :	
3.2. Le principe d'inamovibilité et de continuité du mandat des juges	
3.3. La formation du Conseil supérieur de la magistrature (CSM)	
3.4. L'inspection judiciaire	
3.5. Les affaires administratives et financières	
LA CLÉ DE LA CONFIANCE DANS LA JUSTICE	148
1. Ahmed Mahiou, <i>L'indépendance au cœur du procès équitable : l'expérience de l'Algérie</i>	
1.1. Le legs français	
1.2. L'indépendance de l'Algérie et le refus d'un pouvoir judiciaire	
1.3. La tentative inachevée d'émergence d'un pouvoir judiciaire	
1.4. La situation actuelle : l'absence d'indépendance de la justice	
2. Antoine Garapon, <i>L'épaisseur sociale du procès équitable</i>	158
3. Jean-Paul Jean, <i>La question de la confiance</i>	162
<i>Débat</i>	170
LANCEMENT DE L'IEDJA	179
BIBLIOGRAPHIE	183
ANNEXES	185

BIBLIOGRAPHIE :

Ouvrages :

- Association française pour l'histoire de la justice, *La justice en Algérie 1830-1962*, Documentation Française, 2005.
- Y. Ben Achour et E. Gobe (dir.) *l'Année du Maghreb* « Justice, politique et société en Afrique du Nord », 2007. Dans ce même numéro, voir aussi les contributions portant sur l'Algérie L. Aslaoui, « Témoignage. Justice : pouvoir ou fonction judiciaire ? » et C. Bennadji, « De l'ambiguïté des rapports entre le président de la République et le pouvoir judiciaire en Algérie : de l'usage de la formule « le président de la République, Premier magistrat du pays ».
- Leila Aslaoui, *Dame justice*, Alger, E.N.A.L, 1990.
-
- A. Bentoumi, *Naissance de la justice en Algérie*, Casbah éditions, Alger, 2010
- C. Bontems, « Les origines de la justice administrative en Algérie », *R.A.S.J.E.P.*, 1975
- C. Collot, *Les institutions de l'Algérie durant la période coloniale: 1830-1962*, éd. du CNRS, 1987
- W. Laggoune, « La justice dans la constitution algérienne du 22 novembre 1976 », *R.A.S.J.E.P.*, 1989, n°2.
- E. J. Lapassat, *La Justice en Algérie, 1962-1968*, Paris, Armand Colin, 1969.
- Ahmed MAHIOU, « La Charte arabe des droits de l'homme », in *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008.
- A. Mahiou « Rupture ou continuité du droit en Algérie », *Revue algérienne des sciences juridiques, politiques et économiques* (ci-après *R.A.S.J.E.P.*), 1982, n° spécial,
- A. Mahiou, « Le contentieux administratif en Algérie », *R.A.S.J.E.P.*, 1972
- Mélanges en l'honneur du professeur Mohand Issad, *L'exigence et le droit*, Alger, AJED, 2011.
- Serge Guinchard, Rép. pr. civ. Dalloz, V° Procès équitable, n° 191.
- Frédéric Sudre, « Convention européenne des droits de l'homme », *JCL proc. civ.*, Fasc. 55, n° 146, février 2013.
- Serge Guinchard et Jacques Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis, 9^{ème} éd, septembre 2013
- M. Sifaoui, *Histoire de l'Algérie indépendante : l'État DRS*, Nouveau monde édition, 2012
- E. Taïb, « Le juge algérien et la notion d'indépendance », *Droit et cultures*, n° 30, 1995.
- S. Thénault, *Une drôle de justice: les magistrats dans la guerre d'Algérie*, La Découverte, 2001;

Décisions de la CEDH :

- 27 févr. 1980, n° 6903/75, *Deweert*, § 42.
- 20 oct. 1997, n° 20225/92, *Serves c/ France*, § 42.
- 9 oct. 1979, *Airey c/Irlande*, § 27.
- 16 oct. 2001, *Eliazer c/ Pays-Bas*, § 31.
- 21 févr. 1975, *Golder c/ Royaume-Uni* ;
- 27 août 1991, *Philis c/ Grèce* ;
- 16 déc. 1992, *Geouffre de la Pradelle c/ France* ;
- 28 mai 1985, *Ashingdane c/ Royaume-Uni* ;

- 18 févr. 1998, *Waite et Kennedy c/ Allemagne*.
- 9 juin 1998, *Inca c/ Turquie*.
- 23 avr. 1987, *Ettl c/ Autriche*.
- 24 nov. 1994, *Beaumartin c/ France*.
- 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*.
- 15 sept. 2009, n° 11396/08, *Étienne c/ France*.
- 29 oct. 1991, n° 11274/84, *Andersson c/ Suède* ; 26 juill. 2002, *Meftah et a. c/ France*.
- 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*.
- 8 déc. 1983, *Pretto c/ Italie*.

Documents officiels :

- Constitution tunisienne du 1^{er} juin 2013
- Journal officiel de la république d'Algérie

Références électroniques :

- Jean-Paul Jean *Présentation du rapport 2014 de la CEPEJ*
http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/CEPEJ_2014_Presentation_rapport_en.pdf
- Organisation des Nations Unies :
https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Commentary_on_the_Bangalore_Principles_French.pdf



ANNEXES

NOTICE BIOGRAPHIQUE DES INTERVENANTS

(Ordre alphabétique)

AL DIB Khaled (Égypte)

Né en 1959, Khaled El Dib est détenteur d'une maîtrise de droit, d'un DEA en Sciences Criminelles et en droit privé à l'Université du Caire et a obtenu un diplôme de l'École Nationale de la Magistrature au Le Caire.

Il rédige sa thèse de Doctorat en Droit Maritime, intitulée « *Le connaissance émis en exécution d'une charte-partie* », sous la direction de Madame le Professeur Martine REMOND-GOUILLOU, à l'Université de Paris I.

De 1981 à 1985, il est substitut du Parquet, attaché au Cabinet du Procureur Général de la République d'Égypte. De 1995 à 1996, il est chargé de traduire la Constitution Française en langue arabe pour le compte du Ministère des Affaires Étrangères Français. Depuis 1985 et ce jusqu'à aujourd'hui, il travaille comme Avocat associé au Cabinet de Maître Abdel-Fattah EL DIB au Caire.

AL KOSHERY Ahmed (Égypte)

Professeur de droit et arbitre international de formation, Ahmed Al Koshery est nommé au Conseil d'État égyptien dès 1952. À l'âge de vingt ans, il devient le plus jeune égyptien à travailler au Conseil d'État et ce, aux côtés de l'éminent juriste El Sanhoury, durant deux ans. Il obtient en 1962 un doctorat d'État avec mention « très honorable » portant sur le contrat international sous la direction de professeur Loussouarn. Il enseigne le droit international privé à la faculté de droit de l'Université du Caire, le droit des obligations et le droit des contrats à l'Université arabe de Beyrouth puis le droit économique international à la faculté de droit d'Ain Shams dans les années 1970. Il travailla à plusieurs reprises comme chercheur à l'Académie de droit international de La Haye dans les années 1960. Il fut nommé en 1987 membre de l'Institut de droit international.

Il traita plusieurs grandes affaires d'arbitrage notamment l'affaire des pyramides et l'affaire Aminoil contre l'État du Koweït. Il devint juge ad hoc à la Cour internationale de justice dans l'affaire Lockerbie et l'affaire Taba. Il est l'un des fondateurs de l'Université de Senghor à Alexandrie en Égypte en 1990 et en fut le président de 1997 à 2004.

De 1998 à 2002, il occupe le poste de juge au tribunal administratif de la Banque Africaine de développement et est ensuite le vice-président de la Cour internationale d'arbitrage.

Il est l'auteur de plusieurs publications dans des revues juridiques : « Les nationalisations dans les pays du tiers monde devant le juge occidental », in *Revue Critique de Droit International Privé*, (1967), « *Stabilité et évolution dans les techniques juridiques utilisées par les pays en voie d'industrialisation* », Le Contrat Économique International, VIIe Journées Jean Dabin, Bruxelles, Paris (1975), « *Les mesures envisagées par le système juridique égyptien pour lutter contre la corruption économique dans le domaine des relations transnationales* », Revue Juridique et politique (Penant) (1983), « Panorama de jurisprudence égyptienne », in *Les Cahiers de l'Arbitrage, Gazette du Palais*, no. 2002/1, 2ème Partie.

AL MAHDATI Latifa

Professeure de droit, Me Latifa Al Mahdati est titulaire d'une licence en Sciences juridiques (1979), d'un DES en Droit (1993) et d'un doctorat d'État en droit privé (2002) à la Faculté des sciences Juridiques Économiques et Sociales (FSJES) à Rabat-Agdal. Sa thèse d'État, publiée en 2005, porte sur « La légalité dans l'exécution des peines privatives de liberté ».

Elle enseigna le droit des personnes, le droit pénal, la procédure pénale, le droit pénitentiaire et politique criminelle dans différentes facultés juridiques, économiques et social dans plusieurs villes du Maroc : Tanger, Salé, Mohammedia. Elle est actuellement enseignante à Rabat.

Elle occupa le poste de vice-doyenne de la FSJES à Université Mohamed V - Agdal Rabat de 2005 à 2013 puis de doyen par intérim en 2013. En parallèle de ses activités de professorat et de direction, elle est aussi responsable de la Revue de la Faculté (Revue Juridique, Politique et Economiques du Maroc) ainsi que membre du laboratoire de recherche « droit privé » du département de droit privé et de plusieurs commissions : Conseil de la Faculté, Commission Scientifique, Commission pédagogique de l'Université.

Me Lahdati a publié plusieurs études et interventions dans diverses revues juridiques.

BOUSKIA Ahcène (Algérie)

Ahcène Bouskia Avocat et est professeur de droit pénal à l'Ecole Supérieure de la Magistrature en Algérie Il est un ancien haut-magistrat, Président de section à la Cour suprême d'Algérie.

Il est l'auteur de plusieurs ouvrages consacrés au droit, entre autre, « *L'infraction de change en droit algérien* », éditions Houma, Alger.

CANIVET Guy (France)

M. Guy Canivet détient un diplôme d'études supérieures spécialisées de droit privé et de sciences criminelles ainsi qu'un diplôme de l'École nationale de la magistrature. Il a été auditeur de justice, juge d'instruction, substitut du procureur de la République, premier juge puis vice-président du tribunal de grande instance de Paris, chargé de mission auprès du premier président de la Cour de cassation, conseiller à la Cour d'appel de Paris, auditeur à l'IHEDN, président de chambre puis premier président de la Cour d'appel de Paris, conseiller puis premier président de la Cour de cassation, professeur associé à l'Université Paris V-René Descartes puis à l'Institut d'études politiques de Paris. Depuis le 5 mars 2007, il est membre du Conseil constitutionnel de la République française. Détenteurs de plusieurs doctorats honorifiques, il est commandeur de la Légion d'honneur, Commandeur des Palmes académiques et Commandeur des Arts et des Lettres. Il est l'auteur de nombreux articles et ouvrages.

En qualité de premier président de la Cour de cassation, M. Canivet s'est intéressé à la coopération entre systèmes judiciaires. Il a fondé le Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires des Etats membres de l'Union européenne et, avec le soutien de l'Organisation internationale de la francophonie (OIF), l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF). Dans le cadre de l'OIF, il a effectué plusieurs missions d'expertise sur la restauration de systèmes judiciaires. M. Cannivet est l'auteur de plusieurs publications dont :

- Guy Canivet, Rapport à M. Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, sur la sélection et la formation des chefs de juridiction et de parquet, 2007
- Guy Canivet, Julie Joly-Hurard, La discipline des juges : judiciaires, administratifs et des comptes, Paris, Litec, 2007
- Guy Canivet, Julie Joly-Hurard, La déontologie du magistrat, 2e édition, Paris, Dalloz, 2009
- Karim Benyekhlef et Fabien Gélinas ; avec la collab. de Rémy Khouzam ; préf. de Guy Canivet, Le règlement en ligne des conflits : enjeux de la cyberjustice, Paris, Romillat, 2003
- Textes réunis par Simone Gaboriau et Hélène Pauliat ; préf. de Guy Canivet ; postface de Loïc Cadiet, Justice et démocratie : actes du colloque organisé à Limoges les 21-22 novembre 2002 / Entretiens d'Aguesseau. Limoges, PULIM , 2003



- Guy Canivet, Mads Andenas and Duncan Fairgrieve (ed.), *Comparative law before the Courts*, London : British Institute of International and Comparative Law , cop. 2004
- Guy Canivet, Mads Andenas, and Duncan Fairgrieve (ed.), *Independence, accountability, and the judiciary*, London : British Institute of International and Comparative Law , cop. 2006
- Guy Canivet, Marie-Anne Frison-Roche, Michael Klein (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit. Rencontre organisée par la Chaire régulation de Sciences Po, la Cour de cassation (Paris) et la Banque mondiale, à la Cour de cassation, le 24 mai 2005]*, Paris, LGDJ, 2005.

CHAOUACHI Iyad

Magistrat depuis 2008, co-fondateur de l'observatoire tunisien de l'indépendance de la magistrature (OTIM), ex membre de son comité directeur. Il participe à plusieurs congrès, colloques et séminaires en Tunisie. En France, Bulgarie et au Maroc sur la justice transitionnelle, la bonne gouvernance, le contentieux électoral, le procès équitable, la réforme de la justice et la transition démocratique. Titulaire d'une maîtrise en droit privé, un certificat de fin d'études de l'institut supérieur de la magistrature de Tunis et d'un certificat de spécialisation en contentieux fiscal du même institut et a effectué un stage à l'institut français des hautes études sur la justice en 2012.

ÉPINEUSE Harold (France)

Avocat et universitaire de formation, Harold Épineuse a rejoint l'IHEJ (Institut des Hautes Études sur la Justice) en 1999 comme chargé de mission pour travailler sur les questions d'éthique judiciaire, de formation des juges et d'administration de la justice.

Il a développé une activité de consultant sur les réformes de la justice pour le compte d'organisations internationales, de cabinets privés et d'institutions judiciaires, en France et à l'étranger. Ses travaux les plus récents portent sur le développement d'outils d'analyse stratégique des politiques de justice pour les gouvernements, institutions et partenaires du champ judiciaire.

Secrétaire général adjoint de l'IHEJ depuis 2009, il est actuellement basé à Washington où il est mis à disposition de la vice-présidence et direction juridique de la Banque Mondiale par le Ministère français des affaires étrangères.

FARAG Essam Tawfiq (Égypte)

Essam Farag est actuellement vice-président de la Cour de Cassation égyptienne.

Il obtient une licence de droit en 1986 et poursuit un an d'entraînement au CNEJ (Conseil National des Compagnies d'Experts de Justice) en 1988.

Il occupa successivement les fonctions suivantes de 1990 à 2013 : substitut de Parquet des mineurs ; substitut de Parquet délégué par le ministre de la justice au Centre national d'études Judiciaires ; substitut de Parquet a Alexandrie ; membre du tribunal civil et commercial de Damanhour ; Chef du parquet commercial à la cour de cassation ; président de la Chambre commercial, maritime au Tribunal d'Alexandrie ; avocat Général a la Cour de Cassation ; conseiller à la Cour de Cassation ; vice-président de la Cour de Cassation ; adjoint vice-ministre de la Justice pour la coopération Internationale.

GARAPON Antoine (France)

Magistrat, docteur en droit, Antoine Garapon a été juge des enfants pendant de nombreuses années avant de rejoindre l'IHEJ (Institut des Hautes Etudes sur la Justice) comme secrétaire général en 1991. Il a publié de nombreux ouvrages dont *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire* (Odile Jacob, 1997), *Des crimes qu'on ne peut ni punir, ni pardonner* (Odile Jacob, 2002), *Juger en Amérique et en France. Culture juridique française et common law* (avec



Ioannis Papadopoulos, Odile Jacob, 2003), *Les juges dans la mondialisation* (avec Julie Allard, Seuil, 2005), *Les nouvelles sorcières de Salem. Leçons d'Outreau*, (avec Denis Salas, Seuil, 2006), *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, (Odile Jacob, 2008), *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice* (Odile Jacob, 2010). Il dirige la collection *Le Bien commun* aux Éditions Michalon et anime l'émission « Le bien commun » sur France-Culture. Il est également membre du comité de rédaction de la revue *Esprit*.

Antoine Garapon a reçu les insignes de la Légion d'honneur le 20 décembre 2013, et à cette occasion, Guy Canivet, membre du Conseil Constitutionnel et premier président honoraire de la Cour de cassation lui a rendu hommage.

GOUYETTE François (France, résidant en Tunisie)

Diplômé de Sciences Po Paris, François Gouyette s'inscrit à l'École supérieure d'interprètes et de traducteurs. Il se munit finalement d'un diplôme supérieur d'arabe littéral, d'un diplôme d'études supérieures spécialisées (DESS) de traduction en arabe et d'une maîtrise en droit public.

Dès 1981, à l'âge de 25 ans, il est nommé 3ème secrétaire d'ambassade à Tripoli en Libye où il reste trois ans. Il est ensuite conseiller à Chypre avant de revenir un temps à Paris. Pendant quatre ans, M. Gouyette occupe des fonctions au sein de l'Administration centrale du Ministère des Affaires étrangères au sein de différentes sections : Direction des Affaires politiques (1988) ; Direction Europe (1988-1989) ; Direction de la presse, de l'info et de la communication (1993-1996). Il rejoint ensuite la Syrie d'abord, puis la Turquie en 1996.

Après sa participation de quatre ans à l'hôtel de Beauvau (sous la houlette de Jean-Pierre Chevènement), il est nommé par Jacques Chirac Ambassadeur de France auprès des Emirats Arabes Unis, en 2001. Il devient Ambassadeur en charge du processus euro-méditerranéen en août 2005. Début 2008, il retrouve l'Ambassade de France en Libye, dont cette fois, il prend la tête. Le 26 février 2011, il est rapatrié en France.

Depuis août 2012, François Gouyette est Ambassadeur de France en Tunisie. Il a reçu plusieurs distinctions, parmi lesquelles la médaille de Chevalier de l'Ordre national du mérite en 2003 et celle de Chevalier de la Légion d'honneur en 2010.

JEAN Jean-Paul (France)

Jean-Paul Jean est actuellement avocat général à la Cour de cassation, 1ère chambre civile et ce depuis août 2012. Il est diplômé d'une maîtrise de droit privé, à l'Institut de sciences criminelles de la Faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers ainsi que d'un DES de Sciences criminelles, Certificat d'aptitude à la profession d'avocat (1975).

Il occupa les postes de juge d'instruction, juge civil, vice-président, successivement dans les tribunaux de grande instance de Poitiers, Evry et Paris (1980-1992) et fut membre de l'Inspection générale des services judiciaires (1992-1998). De 1988 à 1999, il fût successivement conseiller technique du ministre de la solidarité, de la santé et de la protection sociale (1988-1991), conseiller technique au cabinet du garde des Sceaux, ministre de la Justice (1992 et 1997-1998), directeur du GIP Mission de recherche droit et justice (février 1999-octobre 2003). Il devint par la suite avocat général près la cour d'appel de Paris (ministère public à la cour d'assises) et dans le même temps commissaire du gouvernement près la commission nationale d'inscription et de discipline des administrateurs judiciaires de 1999 à 2012. Depuis 2012, il est le président du groupe de travail sur l'évaluation des systèmes judiciaires du CEPEJ (Conseil de l'Europe pour l'efficacité de la justice)

Il est l'auteur de nombreux ouvrages tels que « *Systèmes judiciaires des pays de l'Union européenne* », J-P. Jean & H. Jorjy, Les études de la CEPEJ n° 19, éd. du Conseil de l'Europe,



2013 (français/anglais) , « *La réalisation d'enquêtes de satisfaction auprès des usagers des tribunaux des Etats membres du Conseil de l'Europe* », J-P. Jean & H. Jorry, Les études de la CEPEJ n° 15, éd. du Conseil de l'Europe, 2011(français/anglais) ; « *Histoire de la justice en France* » (1715-2010), J.-P. Royer, J.-P. Jean, B. Durand, N. Derasse, B. Dubois, 4ème édition refondue, 1305 p, PUF, 2010.

Jean-Paul Jean a publié récemment « Perception et réalités du fonctionnement de la justice française », in *La justice, quelles politiques ?* Cahiers Français n° 377, La Documentation Française, 2013, pp 8-16 ; « Du justiciable à l'utilisateur de la Justice », in *La régulation par le juge de l'accès au prétoire* (V. Donier et B. Lapérou-Scheneider dir.), Dalloz, Actes, ENM/Université de Franche-Comté, pp 215-221.

KHASAWNEH Aladin Abdallah (Jordanie)

M. Khasawneh est professeur de droit à l'université de Yarmouk en Jordanie.

Il obtient une maîtrise en droit à l'Université de Yarmouk en Jordanie en 1998, puis un DEA en droit privé à l'Université de Al-Albayt en 2001.

Il réalise son doctorat en droit privé à l'Université de Reims (Champagne Ardenne) en 2008 dont le sujet de thèse porte sur « l'obligation d'information dans les contrats informatiques ».

Il travaille par la suite comme maître de conférences en droit à l'université Al Israa (2008-2009) puis à l'Université de Yarmouk (2009-2014). Il est professeur agrégé des universités en droit depuis 2013.

KLIBI Salsabil (Tunisie)

Salsabil Klibi a fait ses études à la Faculté de droit et de sciences politiques de l'Université de Tunis, où elle obtient une licence puis un master en droit public.

Elle enseigne actuellement à la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, et y assure essentiellement un cours de droit constitutionnel, de droit électoral et un cours de philosophie du droit.

Elle est également membre de l'Association Tunisienne de Droit Constitutionnel (ATDC), de l'association de recherches pour la démocratie et le développement (AR2D) et est secrétaire exécutif de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel.

LAVIGNE Bernard (France)

Bernard Lavigne, diplômé d'une licence en Droit et en Histoire, est magistrat. Il est actuellement vice procureur au tribunal de grande instance de Toulouse.

Il était auparavant juge d'instruction à Perpignan, juge des enfants en Martinique ; président du Tribunal de grande instance de Péronne (1980) ; directeur d'enquêtes auprès du Bureau du procureur de la Cour pénale internationale (2004-2007) et attaché régional de coopération judiciaire pour le Moyen Orient (2009-2012).

LOPEZ-TERRES Patrick (France, résidant en Jordanie)

Magistrat détaché auprès du Ministère des Affaires étrangères, et en poste à l'ambassade de France à Amman (Jordanie) M. LOPEZ-TERRES exerce depuis septembre 2012 les fonctions d'attaché régional de coopération judiciaire.

Il a débuté sa carrière de magistrat en 1979 comme juge d'instruction, fonction qu'il a exercée plusieurs années avant d'être nommé premier juge d'instruction à Lyon puis maître de Conférences à l'Ecole Nationale de la Magistrature à Bordeaux.

Vice-Président puis conseiller à la Cour d'appel de Toulouse, il est détaché de 1998 à 2009 au Tribunal Pénal pour l'Ex Yougoslavie où il exerce successivement les fonctions de substitut, avocat général et directeur des Enquêtes.



De 2009 à 2012, il devient directeur de cabinet du Procureur, puis Procureur par intérim du Tribunal Spécial pour le Liban.

MAHI Abdel-Akim (France, résidant en Algérie)

Ancien vice-procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris, et avocat général, il a également été nommé suppléant à l'Union syndicale des magistrats en 2010.

Il est actuellement magistrat de liaison en Algérie.

MAHIOU Ahmed (Algérie)

Né en 1936 à Bouira (Algérie), professeur agrégé à la Faculté de droit d'Alger, à l'Institut d'études politiques et à l'Ecole nationale d'administration; ancien doyen de la Faculté de droit et des sciences économiques d'Alger, directeur de recherches émérite au CNRS, ancien directeur de l'Institut de recherches et d'études sur le monde arabe et musulman (Aix en Provence), ancien président de la Commission du droit international des Nations Unies, membre de l'Institut de droit international, juge ad hoc à la Cour internationale de justice.

1- Ouvrages : *L'évolution vers le parti unique en Afrique noire d'expression française*, Prais, LGDJ, 1969; *Les problèmes de l'unité africaine*, Alger, SNED, 1972; *Cours d'institutions administratives*, Alger, OPU, 1976 (avec traduction en arabe); *Cours de contentieux administratif*, Alger, OPU, 1978 (avec traduction en arabe); *La formation des normes en droit international du développement* (co-dir.), Paris, CNRS, 1983 ; *La coopération sud-sud: quelques expériences d'intégration*, Académie de droit international de La Haye, 1993 ; *L'État de droit et le monde arabe* (dir.), 1997 ; *La codification du droit international* (dir.), Paris, Pedone, 1999 ; *Droit international et développement*, Castellon (Espagne), 2000 ; *Où va l'Algérie ?* (dir.), 2001 ; *La sécurité alimentaire* (dir. avec F. Snyder), Académie de droit international de La Haye, 2006; *Cours général de droit international.*, Pays-Bas, Leiden et USA, Boston, 2009 ; *Le Maghreb avec ou sans l'Europe ?* (en co-direction), Année du Maghreb 2013.

2- Articles: plus de quatre-vingt-dix articles en droit international et relations internationales ; une vingtaine d'articles de droit administratif et de science administrative ; une douzaine d'articles de droit constitutionnel et de science politique.

MEZGHANI Ali (Tunisie)

Professeur de droit, Ali Mezghani a étudié le droit en Tunisie, et réalisé deux DESS à Paris. Il rédige sa thèse avec le professeur Mohammed Charfi sur les relations commerciales. Il a enseigné pendant 25 ans en Tunisie. De 2000 à 2013 il dirige le master sur le droit des pays arabes à Paris I, et lorsque celui-ci ferme, il quitte l'enseignement et se consacre à ses travaux de recherche.

Il a écrit divers articles tels que « *Le 11 septembre 2001 et le droit économique* » dans la Revue internationale de droit économique (2002) et « *Tunisie : une révolution, une élection et des malentendus* » dans la revue Le débat (2012). Il est également l'auteur d'ouvrages dont « *Écrits sur le Droit et la Modernité* », (Tunis, Sud Editions, 1994, en langue arabe) publié en commun avec Slim Laghmani et le dernier, publié en 2011, « *L'Etat inachevé* » chez Gallimard, traitant du rapport entre le droit et la religion.

MOUSSA Fadhel (Tunisie)

M. Fadhel Moussa est professeur dans l'enseignement supérieur et chercheur à l'université en Tunisie. Il est aussi professeur visiteur dans des universités étrangères depuis 1992 et doyen de la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis - Université de Carthage. Il a été élu en Juillet 2008 et réélu en Juillet 2011. Il est actuellement président de la



Commission Constituante de la justice judiciaire, administrative, financière et constitutionnelle à l'Assemblée Nationale Constituante (ANC) en Tunisie.

MOUSSA Tony (France)

Né au Liban en 1944, M. Tony Moussa est de nationalité française. Il est licencié en droit de la Faculté de droit de l'Université Libanaise, docteur d'Etat en droit privé de l'Université Jean Moulin Lyon 3 et licencié ès lettres arabes de cette même université.

Magistrat, il a exercé les fonctions de juge de première instance et d'appel ; il a été ensuite conseiller puis doyen de la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation française. Parallèlement, il a été professeur associé à la Faculté de Droit de l'Université Jean Moulin Lyon 3.

Tout au long de sa carrière, il a participé à la formation continue des magistrats et des avocats français et il a accompli à l'étranger de nombreuses missions d'expertise, de formation ou d'enseignement dans le cadre de la coopération bilatérale ou de programmes d'aide et d'assistance européens.

C'est ainsi qu'il a présidé en 2012 un collège d'experts de douze membres, français et égyptiens, chargés de préconiser des recommandations susceptibles de permettre à la Cour de cassation égyptienne de juger dans un délai raisonnable.

Il est auteur, coauteur et directeur de plusieurs ouvrages et il a publié de nombreux articles et commentaires dans diverses revues juridiques.

Depuis son admission à la retraite, il est consultant indépendant et expert international. Il est inscrit sur la liste des arbitres du Centre Régional du Caire pour l'Arbitrage Commercial International (CRCICA).

ODEH Aiman (Jordanie)

Aiman Odeh détient un baccalauréat de droit à l'Université de Jordanie et un master en droit comparatif à l'Université de Miami en Floride. Il a exercé les fonctions d'avocat-conseiller à la Banque Arabe à Amman en Jordanie puis de conseiller juridique au Koweït. Il occupa ensuite le poste de Ministre de la justice de 2007 à 2010.

Actuellement M. Odeh travaille comme avocat devant les tribunaux nationaux jordaniens ainsi que devant les tribunaux arbitraux internationaux. Dans les années 2000, il s'est impliqué dans divers comités de travaux. Il devint ainsi successivement membre du Comité pour la réforme de procédure civile ainsi que de la réforme judiciaire et législative en Jordanie, du Comité anti-corruption et du Comité de réforme économique.

PERDRIOLLE Sylvie (France)

Sylvie Perdriolle est magistrate. Ces dernières années, elle a successivement occupé les fonctions de directrice de la Protection judiciaire de la jeunesse, de présidente de chambre à la cour d'appel de Paris, chargée de la présidence de cours d'assises sur le ressort de la cour d'appel, et de présidente d'une chambre de la famille. Elle a rejoint l'IHEJ en 2012 pour animer avec Antoine Garapon les deux séminaires portant sur les évolutions de l'office du juge et les transformations des pratiques judiciaires.

SAGHIEH Nizar (Liban)

Nizar Saghieh est un avocat au barreau de Beyrouth, chercheur en Droit et activiste des droits de l'homme. Il a consacré une grande partie de sa carrière à la défense des droits des catégories sociales victimes de marginalisation, ainsi que des libertés publiques.

Nizar Saghieh est également l'un des fondateurs de l'ONG « Legal Agenda »(2009), un observatoire des droits de l'homme spécialisé dans l'analyse et la surveillance des lois et



politiques d'intérêt public au Liban et dans le monde arabe. Il est aussi le directeur exécutif de cette organisation et l'éditeur en chef de sa publication mensuelle et de son site électronique. Parmi les publications de M. Saghie : « *Lorsque les juges se sont rassemblés* », une étude comparative entre le Liban, l'Égypte, la Tunisie, le Maroc, l'Algérie et l'Iraq parue aux éditions de Sader 2009 ; « *La censure au Liban : loi et pratique* » ; « *Etude critique du discours sur la réforme judiciaire dans la république d'après Taif* ».

SHAHJRERDI Payam (France, résidant au Maroc)

Diplômé en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Payam SHAHRJERDI a été enseignant-chercheur dans cette université avant de rejoindre le Groupement de Droit Comparé du CNRS. A partir de 2006, il devient le coordonnateur juridique d'un programme du ministère des Affaires étrangères d'appui à la formation des juges et à l'élaboration d'ouvrages juridiques en Afghanistan ; projet qui a conduit à la confection d'une dizaine de livres et d'articles en droit privé. Attaché de coopération en Libye à partir de 2012, il rejoint le Maroc en septembre 2013 où il dirige le pôle gouvernance au SCAC de l'ambassade de France.

Ses publications en droit comparé et en droit processuel ont notamment porté sur les variations du standard de procès équitable.

SOLIMAN Amr (Égypte, résidant en France)

Juriste de formation, Amr Soliman est titulaire d'un master 2 en droit international privé et comparé de l'université Jean Moulin Lyon III et doctorant en droit international privé dans cette même université. Il a rejoint l'IHEJ en mars 2013 comme chargé du développement du programme Pays arabes, dans le cadre de sa thèse portant sur les conflits de lois et le droit des investissements en Égypte. Avant de rejoindre l'IHEJ, Amr Soliman a été pendant trois ans responsable du dossier de coopération juridique dans le service « Gouvernance » de l'ambassade de France au Caire.

Depuis octobre 2013, il est secrétaire général de l'Institut d'Études sur le Droit et la Justice dans les sociétés Arabes (IEDJA) à Paris.

TWATI Mahfod Ali (Libye)

Né en 1985, Mahfod Tawti est obtient un doctorat en Droit public (2012) à l'Université de Tours. Il est actuellement chercheur et professeur de droit à l'Université de Zliten en Libye. Parallèlement, il est très engagé dans la société civile. **VENNETIER Christian (France, résidant en Tunisie)**

Christian Vennetier est actuellement magistrat de liaison à Tunis. Il exerçait auparavant les fonctions de vice-procureur auprès de la Juridiction inter-régionale spécialisée (JIRS) dans la lutte contre la criminalité organisée et la délinquance financière de grande complexité à Bordeaux.

WADAH Saadia (Maroc)

Titulaire d'une licence en droit, Saadia Wadah est avocate au barreau de Casablanca et ancienne membre du Conseil de l'Ordre du Barreau de Casablanca (de 2000 à 2003). Mme Wadah est ancienne membre de l'organisation marocaine des droits de l'Homme et du Comité de coordination du Tribunal des femmes arabes contre les violences envers les femmes. Elle a présidé, en 2000, l'association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes, et est devenue membre, en 2003, de l'Organisation marocaine des droits de l'Homme. Elle est également membre fondateur du Forum des avocates arabes au Bahreïn.

Elle a contribué à de nombreuses publications dont un ouvrage sur « l'enfance violée » pour le centre d'écoute et d'orientation juridique, « le harcèlement sexuel » pour l'association



marocaine de défense des droits de l'Homme, « la violence à l'égard des femmes : quelle protection juridique ? », un guide juridique sur le statut personnel, « mariage-divorce » pour l'association démocratique des femmes du Maroc.



Mise en page et révision

**Isabelle TALLEC
Léo MARTY**

Sous la direction de

Amr SOLIMAN

Institut d'études sur le droit et la justice dans les sociétés arabes
Août 2015



La conférence des juristes arabes francophones a été créée à l'initiative du Ministère français des affaires étrangères et plus particulièrement Monsieur Bernard Lavigne (ancien attaché régional de coopération justice basé à Amman en 2010). La première conférence d'Amman a traité de la jurisprudence des cours suprêmes. La deuxième fut organisée en 2011 à Beyrouth et portait sur le droit économique. La troisième, à Alexandrie, a vu la participation de l'IHEJ et posait la question de la corruption après le printemps arabe. Enfin la quatrième qui s'est déroulée a questionné le procès équitable.

Cet ouvrage en est le compte rendu.