



COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE

Strasbourg, 23 mars 2007

CCJE/RAP(2007)10
Français seulement

**CONSEIL CONSULTATIF DE JUGES EUROPEENS
(CCJE)**

3EME CONFERENCE EUROPEENNE DES JUGES

QUEL CONSEIL POUR LA JUSTICE ?

CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE, ROME, ITALIE, 26-27 MARS 2007

Session I :

Quelle place pour le Conseil au sein de l'organisation étatique?

M. Orlando AFONSO, membre du CCJE au titre du Portugal

Quelle place pour le Conseil au sein de l'organisation étatique?
LES CONSEILS SUPÉRIEURS DE LA MAGISTRATURE EN EUROPE

Pour parler des Conseils Supérieurs de la Magistrature¹ (CSM) il faut tenir compte de deux réalités : l'indépendance et le rôle du pouvoir judiciaire dans l'État de droit² contemporain et le gouvernement autonome de la magistrature.

1. Le Pouvoir Judiciaire, après l'abolition des juridictions privées (des seigneurs, de l'église et des communautés) sera, d'abord, fortement lié au pouvoir royal et avec la Révolution Française, il sera conçu comme un pouvoir de l'État.

Avec la séparation des pouvoirs³ on sent qu'il est nécessaire, avant tout, séparer les organes législatifs des organes exécutifs, pour en suite, dans le cadre du pouvoir exécutif rendre indépendante l'action des tribunaux en face de l'action de l'administration publique.

En effet, l'indépendance des tribunaux naît, dans cette conception, comme une nécessité de création d'un pouvoir d'État dont la fonction spécifique est d'assurer l'accomplissement de la loi, en respectant la pureté des principes conçus par l'organe législatif.

Cette conception d'indépendance ramenée au champ de décision (à l'activité stricte de juger) est la plus convenable à une justice destinée à l'application logique- syllogistique, mécanique, de la loi⁴. Le juge est très simplement un «exécuteur», «la bouche de la loi», subordonné à la volonté des organes législatifs. L'idée de créativité jurisprudentielle est réduite aux marges d'appréciation laissées par le législateur.

L'Europe continental a adopté, d'après ce contexte, des modèles de procédure et des systèmes d'organisation judiciaire qui ne permettent pas au juge d'aller plus loin qu'appliquer la loi dans les limites laissées, par le législateur à l'interprète sans que celui-ci puisse avoir une création excessive.

2. Dans la conception d'État de droit actuel le rôle de la juridiction et l'indépendance du pouvoir judiciaire (et des juges) assume des signifiés très diversifiés.

L'État de droit brusquement propulsé sur la place publique, devenu une valeur en soi, transformé en contrainte axiologique, il connaît une surcharge de significations, qui lui donne une coloration toute nouvelle et que le transporte, par fois, pour le rang du mythe.

L'accent moderne mis sur l'État de droit au cours des années quatre-vingts est le produit à retardement du passage des pays européens par la Seconde Guerre mondiale. L'État de droit quitte le terrain aride de la technique juridique et des rapports entre le droit et

¹ Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM) – nom introduit en France pour signifier la réunion ensemble des chambres de la Cour de Cassation en matière disciplinaire. Aujourd'hui, en Europe, le organe de gestion ou du gouvernement de la magistrature peut avoir des noms très différents.

Nous appellerons, en principe, de CSM à tous ces organes pour faciliter l'exposition.

² Le terme «État de droit» est la traduction littérale du mot « Rechtsstaat » qui devient d'usage courant dans la doctrine allemande dans la seconde moitié du XIX siècle.

Par l'expression « État de droit » on peut d'abord chercher à faire ressortir le lien étroit, structurel, constitutif qui unit le droit à l'État, au point que les deux notions paraissent adhérer l'une à l'autre, se présupposer réciproquement, en formant un couple indissociable ; le terme « État de droit » peut également être utilisé comme analyseur, permettant de décrire et de caractériser une forme singulière d'État, celle qui est apparue en Europe, et notamment en Angleterre et en France, au sortir du Moyen Age ; « l'État de droit » peut encore être considéré comme une construction théorique, une machinerie conceptuelle qui, relevant de l'ordre des représentations, est en tant que telle l'expression d'une certaine réalité sociopolitique, tout en exerçant des effets en retour sur cette réalité. Voir « L'État de droit » Jacques Chevalier, ed. Montchrestien (page. 7-10)

³ Pour Montesquieu: « Lorsque le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif se trouvent dans les mains d'une même personne ou d'un même organe souverain, il n'y a point de liberté » et il ajoute « Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. De quelque façon cet auteur ne réputait pas le pouvoir judiciaire comme un tiers pouvoir placé sur le même plan du législatif ou de l'exécutif. Il devrait être en quelque façon invisible et nul et les juges ne sont plus que la bouche de la loi.

⁴ Pour Montesquieu la loi devrait être si absolue et auto suffisante, en donnant des critères juridiques génériques et abstraits, qu'elle ne devrait pas être plus que la prémisse majeur d'un syllogisme.

l'État pour s'engager sur le contenu du droit. Et, comme ça, l'État de droit devient l'antithèse et l'antidote du totalitarisme.

En vérité, la promotion de l'État de droit s'explique d'une part par la perte de fiabilité d'un État qui n'apparaît plus seulement comme un instrument de promotion et de sécurisation collective mais aussi comme un agent possible d'oppression ; d'autre part il est le produit de l'accent mis sur l'individu face au pouvoir et sur la défense de ses droits et libertés fondamentales contre la dictature des majorités démocratiques ; finalement il représente la redécouverte du droit comme moyen de refondation du lien social et comme dispositif de limitation de l'emprise étatique.

D'une ou d'autre raison, l'État de droit est devenu une référence incontournable, à laquelle vont sacrifier tous les discours politiques, même les plus démagogiques. Paré de toutes les vertus, il apparaît comme l'État «Zorro»⁵ garant de l'ordre et de la justice et comme un recours, tandis que source légitimatrice de comportements publics et privés tandis que moyen d'obtention des instruments nécessaires au combat politique.

L'État de droit on peut le caractériser comme un État que dans ces rapports avec les citoyens se soumet au «droit». Il porte une symbolique du pouvoir que légitime son exercice mais d'un pouvoir encadré et limité par le droit. Les gouvernements se trouvent enchaînés par des règles qui s'imposent à eux de façon contraignante. Ramenant les autorités publiques au même niveau que les autres citoyens, les gouvernants (selon Amselek) sont eux-mêmes susceptibles d'être gouvernés en tant que gouvernants.

Dans l'État de droit on peut pas utiliser d'autres moyens qui ne soient pas les autorisés par l'ordre juridique en vigueur. Et les citoyens doivent avoir tous les moyens de recours juridictionnels pour repousser toute violation de la légalité, pour réprimer l'abus du pouvoir, pour défendre et garantir les droits fondamentaux.

Le discours et la construction de l'État de droit tend à s'appuyer sur le juge qu'on compte pour protéger tout à la fois l'administré contre les abus du pouvoir et de l'ordre juridique, contre les atteintes qui pourraient lui être portées et, aussi, pour protéger les citoyens, en général, contre toutes les atteintes aux droits humains.

Le pouvoir judiciaire est appelé à intervenir en trois plans :

Au niveau du droit constitutionnel :

La juridiction constitutionnelle a-t-elle conquis progressivement une position centrale aux sein des institutions des pays européens : elle va exercer une influence majeure sur le système politique⁶ à travers la garantie des équilibres constitutionnels et la protection des droits et libertés.

Au niveau du droit administratif :

Le contrôle de l'activité administrative par un juge indépendant⁷ est un aspect essentiel de l'État de droit. Il permet de garantir le respect par l'administration de la hiérarchie des normes. En effet, l'administration doit être soumise aux normes qui constituent le fondement, le cadre et les limites de son activité et cette soumission doit être garantie par l'existence d'un contrôle juridictionnel.

L'approfondissement de l'État de droit résulte d'un double mouvement de renforcement de l'indépendance des juges appelés à statuer sur les litiges (commune à toutes les juridictions) et d'élargissement progressif du contrôle exercé sur l'activité administrative.

⁵ C. Emeri, «L'État de droit dans les systèmes polyarchiques européens», Revue française de droit constitutionnel n°9, 1992.

⁶ L'influence du juge constitutionnel a agité le spectre du «gouvernement des juges», en créant les législateurs des formes de contrôle politique surtout au niveau de la composition des Cours Constitutionnelles et de la nomination des juges.

⁷ L'indépendance des juges administratifs en tous les modèles européens.

Dans le modèle anglo-saxon, dans lequel, conformément aux préceptes de la «Rule of Law» qui impliquent que l'administration soit traitée comme les simples particuliers, le soin de trancher les litiges administratifs est confié au juge ordinaire.

Dans le modèle français, qui se caractérise par l'existence d'une juridiction spécialisée et par le statut particulier de cette juridiction par rapport à l'administration active.

Dans le modèle allemand, où il existe aussi une juridiction administrative spécialisée, mais qui forme une branche de l'organisation judiciaire commune.

Au niveau du droit commun :

Du point de vue substantiel, l'État de droit est formé par un ensemble de droits fondamentaux consacrés au plus haut niveau de l'hierarchie des normes. Cette dimension substantive de l'État de droit, exige, elle aussi, l'existence d'un juge qui soit le garant des droits humains proclamés et consacrés dans les Conventions, les Traités, les Constitutions et les lois en générale.

Giscard d'Estaing, en allocution proférer devant le Conseil Constitutionnel à 8 novembre 1977, disait «lorsque chaque autorité, de la plus modeste, à la plus haute, s'exerce, sous le contrôle d'un juge, qui s'assure que cette autorité respecte l'ensemble des règles de compétence et de fond auxquelles elle est tenue, l'État de droit émerge».

Cette nouvelle compréhension de l'activité des juges donne à leurs décisions un nouveau relief politique tandis que gardiens des valeurs.

Le rôle du juge dépasse les limites de l'interprétation et de l'application acritique des normes. Celui-là n'est plus «la bouche de la loi». L'activité du juge est rendre signifiant le contenu de la norme. Elle n'a pas un signifié préalable car celui-ci est le résultat de tout un processus interprétatif.

Le droit légiféré, aujourd'hui, a absolue nécessité d'être encadré et complémenté par le droit pratiqué.

Le droit que est seulement une dimension de la vie il ne substitue pas la vie, mais la loi que est seulement une source du droit, ne peut pas avoir la prétention d'être le droit lui-même. « L'abus de la production législative, surchargeant les structures judiciaires et administratives, empêche l'effectivité du droit. Et le progressif éloignement du jus du justum approfondit la fosse qui sépare la norme de l'individu»⁸.

Dans l'État de droit l'existence d'un pouvoir judiciaire indépendant et impartial est une exigence structurelle de l'État et non plus un octroi des pouvoirs législatif et exécutif.

Cette nouvelle conception du rôle du pouvoir judiciaire ne peut pas ramener l'indépendance du juge au champ de la décision. Mais elle implique toute une indépendance à l'avant et après la décision. Elle implique l'existence de modèles organisateurs du système judiciaire qui puissent rendre visible et efficace, non seulement, l'indépendance de chaque juge mais du pouvoir judiciaire dans son ensemble.

3. L'indépendance ne se confond pas avec l'impartialité du juge.

L'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) dit que toute personne a le droit de plaider devant un Tribunal indépendant et impartial.

De noter que l'article 6 ne parle seulement d'un juge impartial ni seulement d'un juge indépendant, il met l'accent tonique sur l'indépendance et l'impartialité [un Tribunal, personnalisé par le juge (ou les juges), indépendant et impartial] unies. L'article a la préoccupation de caractériser le tribunal avec ces deux éléments, car, au contraire, on peut y avoir des juges impartiaux mais pas indépendants ; des juges indépendants mais pas impartiaux ; des juges ni indépendants ni impartiaux.

On parle souvent de l'indépendance et de l'impartialité comme ils s'agissent de concepts synonymes. Nous ne pouvons pas confondre l'indépendance qui est une réalité politique du pouvoir judiciaire avec l'impartialité objective qui est une réalité procédurale du Tribunal et celle-ci avec l'impartialité subjective qui doit être le premier attribut du juge juste (équitable)⁹.

On est pas juste parce qu'on est juge, mais on est juge pour être juste. Et pour être un juge juste il faut être subjectivement impartial.

Être impartial du point de vue subjectif, signifie, premièrement, n'être pas compromis avec soi-même, ses pré jugés, ses haines, ses chagrins, ses sympathies et antipathies à lesquelles le juge, tandis qu'un être humain, a de difficulté d'y sortir. Mais ça signifie, aussi, n'être pas engagé avec la société qui l'entoure: personnes, organisations, groupes de pression.

⁸ Rodrigues da Silva, O Homem e o Poder, ed. Bertrand.

⁹ Il y a beaucoup d'arêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur ce sujet.

L'impartialité subjective exige, néanmoins, un compromis avec la compétence et la profession et une liaison du magistrat à la loi et au droit complétée par une intègre intention et un fort sentiment de Justice.

L'impartialité objective est une garantie de l'impartialité subjective. Elle donne au juge les moyens pour être équitable.

Être objectivement impartial signifie que le juge est celui qui n'a pas de pair, pas d'égal, pas de semblable dans le procès. Il est en dehors des partis, sans parti pris, sauf le parti du droit et de la Justice. Son impartialité garantie pour l'indépendance est condition de son universalité. Le juge ne doit pas avoir aucun intérêt, ni général ni particulier dans le cas qu'il doit trancher. Aucun intérêt ne doit conditionner son jugement.

Simplement comme ça il peut dire, en chaque cas, ce qui est vrai et ce qui est faux, ce qui est légal et ce qui est illégal, ce qui est conformément au droit et ce que n'est pas.

L'indépendance est une garantie de l'impartialité. Pour être impartial il faut que le juge ne soit pas soumis à personne d'autre pouvoir public ou privé, si ce n'est que la loi.

Quand on dit que l'indépendance est une garantie de l'impartialité des juges on doit tenir en compte qu'elle est, par conséquence, une garantie d'égalité des citoyens. Elle est aussi la garantie d'une justice non subordonnée à des raisons d'État ou à des intérêts politiques et économiques.

L'indépendance implique, d'une part, la séparation institutionnelle du pouvoir judiciaire (et des juges individuellement considérés) de tous les autres pouvoirs de l'État (indépendance externe) et d'autre part, la diffusion de la fonction judiciaire par des individus non dépendants entre eux (indépendance interne).

4. L'indépendance de la justice du point de vue constitutionnel est la chose au monde la moins contestée dans son principe. On la tient, à juste titre, pour la condition de toute démocratie.

Or, si le principe est clair et unanimement proclamé, son application a toujours été un problème. Pourquoi ? D'une part, parce que les autres pouvoirs constitutionnels n'ont jamais abdicé d'une certaine idée jacobine de démocratie qui ramène toute la légitimité démocratique aux élections directes, d'autre part, parce que le pouvoir politique (et tous les autres pouvoirs que l'influence) n'est pas d'accord avec un contrôle juridictionnel de ses actes qui n'émane pas de son «self restraint». Les autres pouvoirs ne veulent pas se soumettre à ce qu'aujourd'hui on appelle l'imprévisibilité du pouvoir judiciaire.

Pour garantir la prévisibilité judiciaire il faut contrôler les sources de décision. Le pouvoir judiciaire doit-il être indépendant ? Oui, mais dans une certaine dépendance : d'organisation judiciaire et statut, de la carrière, de la disciplinaire...

Appliquée à la justice, la notion d'indépendance est ambiguë. Elle, comme nous avons dit, se confond, soit avec la capacité des juges de vaincre leurs préjugés et de résister aux pressions tant intérieures qu'extérieures, soit plus simplement avec l'impartialité.

Quand à la vision icarienne d'un juge planant au-dessus des étangs, au-dessus des vallées, des montagnes, des bois, des nuages, des mers¹⁰..., que l'on tend parfois à accrédi-ter, c'est un mirage. Un mythe plutôt inquiétant.

Considérée du point de vue des institutions politiques, l'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport au pouvoir exécutif est la question fondamentale. Le système démocratique ne tient que dans un certain équilibre des pouvoirs. Si l'un domine l'autre le système est faussé. Les garanties de l'État de droit ne résident pas dans les vertus personnelles de ceux qui exercent le pouvoir, mais dans le respect des règles qui s'imposent à eux. Et chaque pouvoir doit avoir les moyens de réaliser ses finalités.

Une justice moderne requiert une véritable autonomie du pouvoir judiciaire. Ce que l'on appelle l'indépendance des juges réclame une démocratisation de l'organisation judiciaire

¹⁰ Baudelaire

5. Il est évident que l'indépendance du pouvoir judiciaire (dans le sens que nous donnons à ce concept) se peut concrétiser de différentes manières : il y a des spécificités dans les pays européens qui relèvent de leur histoire et de leur philosophie politique, mais il faut tenir compte que la mondialisation (économique, social, politique, culturel) a la tendance à la simplification du réel et à approfondir les interdépendances des différents pouvoirs.

Indépendamment d'être ou non d'accord avec la globalisation et ses conséquences il faut comprendre que le rôle et la légitimité du pouvoir judiciaire, même et surtout dans une société globalisée restent attachés à la définition, en chaque cas, de ce qui est le vrai et le faux, le droit et le tort, le légal et l'illégal.

L'indépendance des juges dans une société globalisée et interdépendante doit apparaître, aux yeux de chaque citoyen, comme une garantie de vérité, de liberté, de respect des droits humains, de justice faite à chacun des justiciables non soumise à des intérêts contingents.

6. Comment garantir du point de vue institutionnel l'indépendance du pouvoir judiciaire ?

Strictement liée à la notion d'indépendance est cette autre-là d'autonomie. Le pouvoir judiciaire sera indépendant s'il peut être autonome. L'autonomie est envisagée selon deux types d'incidence : la gestion administrative des Cours et des tribunaux ; la carrière et la discipline des magistrats. Cette autonomie de gestion est différente dans les divers pays de l'Europe, normalement attachée aux Cours et tribunaux et, presque toujours, visionné par le ministre de la justice

Mais nous ne pouvons pas parler d'indépendance du pouvoir judiciaire si, en effet, cet indépendance n'est pas strictement liée à l'indépendance du simple magistrat.

Le noyau primaire de la garantie institutionnelle de l'indépendance des juges consiste dans la prohibition à l'exécutif de pouvoir les déplacer (éloigner) de leur fonction, comme revanche à des décisions désagréables par eux proférées. En ça consiste le fondement du principe de la nomination des juges à vie, caractéristique dans la tradition anglaise depuis 1700 et insérée dans la Constitution américaine¹¹.

Cette garantie essentiel caractérise, d'une certaine manière, le systèmes de «common law» fondés dans une base non bureaucratique et non hiérarchisée de la magistrature ; normalement le juge reste dans la fonction pour laquelle il a été nommé.

Dans les systèmes où la magistrature est organisée comme un corps bureaucratique, à laquelle on peut accéder très jeune (après l'université) dans un système de carrière à l'intérieur d'une organisation hiérarchisée, le principe de l'inamovibilité assume un rôle central. À travers l'inamovibilité on empêche à titre aléatoire et on garant l'autonomie de l'ordre judiciaire mais, surtout, l'autonomie du simple juge. Mais dans une carrière qui détermine la progression de la fonction et de la rémunération, la garantie d'inamovibilité ne suffit pas.

Pour répondre aux exigences d'autonomie et d'indépendance des juges, puissants devant la loi mais faibles devant les autres pouvoirs, soient ils politiques ou économiques, est né l'idée d'un Conseil Supérieur de la Magistrature.

En face d'une magistrature structurée hiérarchiquement, ne sont pas suffisantes les garanties classiques, comme l'inamovibilité, garantie d'indépendance purement statique. Il faut créer des garanties dynamiques qui puissent soustraire les juges au contrôle de l'exécutif mais aussi à l'influence de l'hiérarchie en matière de carrière.

7. L'idée d'un organe comme le CSM n'est pas nouvelle, elle a signifiants précédents depuis la fin du XIX siècle en France et en Italie. Après le dernier quartier du XX siècle cette

¹¹ Au temps de Jacques I et Charles I, le roi fait la nomination des juges, lesquels restent en fonction « durante beneplacito nostro », après l'«Act of Settlement» de 1701 le principe est de la nomination à vie, exprimé dans la formule «quam diu se bene gesserint» ; la Constitution américaine utilise à l'article 3, secc.1 une formule équivalente de celle latine « the Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Office during good behaviour ». D'une autre part la procédure d'«impeachment» du juge, soit au Royaume Uni soit aux États-Unis est entourée d'autant de garanties qu'elle reste exceptionnelle dans la pratique et a été utilisée très peu de fois.

idée a connue des réalisations importantes au niveau des systèmes constitutionnels, en beaucoup des pays européens.

La chute du fascisme en Italie, au Portugal et en Espagne a contribué pour une prise de conscience collective des magistrats sur la nécessité de création d'un autogouvernement de la magistrature comme garantie d'indépendance.

Très brièvement on a passé d'une composition corporatiste du CSM pour une composition mixte (des juges et des représentants de la société civile ou du pouvoir législatif). Ça signifie que dans l'État démocratique s'est fait sentir la nécessité de doter la magistrature d'un système de direction qu'évitât le mandarinat au sein des juges et favorisât une certaine coordination avec la représentation de la souveraineté populaire, tout en offrant la garantie d'indépendance et de non manipulation.

Du point de vue théorique on a passé de l'autogouvernement au gouvernement autonome de la magistrature.

Dans une autre ligne on a découvert la nécessité de la création d'un organe auquel se reconnaît le statut d'organe constitutionnel.

Le pouvoir politique même quand il a toléré ce type d'organe, il l'a vue toujours comme un intrus qui ont laissé développer mais qu'il faut baliser. Les méthodes de contentions des CSM dans une position politiquement raisonnable passent, parmi d'autres, ou par l'existence d'une majorité politique (partisane) au sein des conseils, ou par y participer le ministre de la justice ou par la réduction de leur rôle à simple organe de gestion et discipline des juges avec des moyens budgétaires et administratifs réduits.

8. Il n'y a pas un modèle standard au niveau de ce type d'organe, ni une nomenclature définie. Nous avons utilisé le terme plus ancien de CSM, par convenance d'exposition, mais nous pouvons découvrir dans les systèmes juridiques des pays européens les noms les plus diversifiés.¹²

En tout cas il y des caractéristiques de l'organe qui nous semble être fondamentales à sa configuration en tant qu'organe de gouvernement autonome du pouvoir judiciaire en général et de la magistrature en particulier.

Pour fixer les caractéristiques il faut partir de deux réalités. Les systèmes déjà existantes et la doctrine que sur le sujet a été développée par les magistrats, les politiciens, les professeurs, les associations professionnelles, etc.

Au niveau de sa composition le CSM devra avoir une composition mixte formée par des magistrats (de tous les degrés) et par des personnalités laïques. La participation de non magistrats est à divers titres souhaitable. Le CSM ne doit pas être composé par un groupe de lévites mais refléter les différents courants d'opinion de la société et dans cette mesure apparaître comme source de légitimation du corps judiciaire.

Mais, par contre, il doit être composé par une majorité de juges, ou moins, par une moitié de juges élus par leurs pairs selon la Charte Européenne sur le Statut des juges¹³. Seulement comme ça on peut éviter toute manipulation politique ou pressions indues.

L'institution doit fonctionner dès lors sans la moindre concession au jeu des majorités parlementaires, en dehors de toute implicite et perverse subordination aux logiques partisanes, en sorte qu'elle peut se porter garante de quelques valeurs et principes essentiels.

Le combat du corporatisme se fait par une représentation pluraliste de la magistrature au sein du CSM et non par le contrôle extérieur de l'organe.

A) La composition et le rôle du CSM doivent être inscrits au plus haut niveau légal, nommément, au niveau constitutionnel. a) Il doit être un organe de sommet dans l'appareil de l'État : *superiorem non recognoscens* ; b) il doit avoir des compétences délibératives,

¹² La Charte Européenne sur le Statut du Juge a trouvé la même difficulté et à cause de ça a préféré dans un nom vide en l'appelant simplement «organe indépendante».

¹³ La Charte Européenne sur le Statut des Juges parle dans son numéro 1.3 d'une «instance indépendante du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif au sein de laquelle siègent au moins pour moitié des juges élus par leurs pairs suivant des modèles garantissant la représentation la plus large de ceux-ci»

données par la Constitution ; c) il doit exercer ses compétences en pleine indépendance, le garantissant l'absence de liens extérieurs sur la volonté collective de l'organe et la libre formation de la volonté de chacun de ses membres.

B) En tout cas le CSM doit exercer ses attributions dans les limites et sur la base de la loi. Dans ce sens il est un organe d'administration, bien qu'il ne soit pas un organe de l'Administration. Par conséquent ses actes, comme les actes de tous les autres organes de l'État, sauf ceux d'exercice de la fonction législative, sont passibles d'un recours contentieux. L'indépendance de l'organe ne peut pas signifier soustraction au droit et impossibilité de contrôle juridictionnel.

C) Le CSM, même comme organe constitutionnel, n'exprime pas, ni directe, ni indirectement la souveraineté populaire. Il a des pouvoirs et des fonctions de garantie et, comme tel, il ne participe pas dans la définition des choix généraux destinés à défendre les intérêts de la communauté. Ça ne signifie pas qu'il ne puisse pas exprimer des opinions (obligatoires ou non) relatives à l'exercice de ses attributions. Ainsi le CSM doit avoir le pouvoir de, sous la forme de proposition ou d'avis, émettre des opinions politiques sur des matières judiciaires ou sur des projets de loi qu'impliquent une perte d'indépendance des juges ou une diminution des garanties d'accès des citoyens à la justice.

D) Les compétences du CSM a caractère interne. Elles s'adressent à l'appareil judiciaire et/ou magistrats.

Le CSM est un organe hiérarchique en matière de carrière (statutaire) et de discipline mais il n'est pas un organe de l'hiérarchie des tribunaux. Le CSM ne peut pas statuer sur le fond, sur les décisions, même en matière d'évaluation des juges.

9. La création d'un CSM, comme nous avons dit, doit permettre à la fonction judiciaire d'exercer ses tâches hors du contrôle de l'exécutif ou du législatif (car les juges ne sont pas tenus d'aucune obéissance aux ordres du parlement sinon à la loi), et hors des ordres ou avis de l'hiérarchie car les juges ne doivent pas avoir aucune obéissance aux juges de grade supérieur sauf par le biais d'un recours.

Évidemment, l'existence d'un conseil fait déplacer les pouvoirs de l'hiérarchie pour l'organe.

Créer un CSM est admettre un organe indépendant et représentatif avec compétence délibérative au moyen d'avis, de décisions et de propositions sur aspects généraux ou spécifiques du statut des juges et de l'activité de l'appareil judiciaire.

Dans ce sens là, il serait inapproprié être le conseil préventivement limité, par d'autres pouvoirs, dans son autonomie pour déterminer les modalités de son fonctionnement ou limité dans l'autonomie de choisir les sujets qu'il veuille discuter ou le moment pour les discuter.

L'existence d'un CSM implique une définition de compétences entre lui et le Ministre de la Justice et l'établissement des rapports entre eux. Il implique aussi des rapports avec le Chef d'État (le Roi ou le Président de la République), avec le Parlement et avec les Cours et les tribunaux et plus spécifiquement avec les juges.

En conclusion :

La création d'un CSM s'insère dans la ligne de garantie de l'indépendance et de gouvernement autonome du pouvoir judiciaire et de la magistrature en particulier.

L'indépendance n'est pas seulement garantie avec un CSM

Il peut avoir des organes de gestion et discipline des magistrats qui ne sont pas les garants de son indépendance.

Les CSM au-delà de toutes autres fonctions de gestion, administration et discipline du corps judiciaire doit se porter comme garante de quelques valeurs essentiels tels que :

L'indépendance des juges

La protection du pluralisme judiciaire

Le rôle assigné à la magistrature de gardienne des libertés et des droits humains
L'affirmation de la justiciabilité de toute situation subjective garantie par
l'ordonnement constitutionnel.

Le CSM doit maintenir la qualité d'un débat permanent sur le rôle du pouvoir
judiciaire au sein d'un système démocratique.

On peut penser que il y aura une politisation de la magistrature par l'enjeu de ce
débat. Cette question fut invoquée il y a quelques années lors de travaux des Nations Unies
sur l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire : «Quoi que fasse ou ne fasse pas
les juges, la question de la politisation du corps judiciaire sera toujours l'objet de
controverses parce que la justice ne fonctionne pas dans le vide On peut toujours renforcer
le professionnalisme du corps judiciaire mais il n'en sera pas moins appelé à trancher des
questions qui sont de nature politique, ont des conséquences politiques et le feront
inévitablement entrer dans le champ des batailles politiques»¹⁴.

Rome, le 26 mars 2007

Orlando Afonso

Membre du CCJE

¹⁴ Rapport de Mr L.M. Singhvi, cité par Salvatore Senese in Les Pouvoirs du judiciaire, Labor.1987.