

Section 2.

LE DROIT À UN TRIBUNAL IMPARTIAL¹

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE
Professeur des universités

L'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que chacun peut revendiquer son « droit à un tribunal impartial ». Le droit positif, aussi bien français qu'euro péen, n'a cessé de faire monter en puissance ce principe d'une justice aux yeux bandés, car il ne sert à rien d'atteindre un juge si la cause est déjà entendue. À ce titre, sont annulées les décisions empreintes des préjugés des juges. L'organisation des procès interdit par principe à ceux-ci de connaître à plusieurs reprises d'un même cas et on exige des tribunaux une organisation interne qui donne à voir leur impartialité objective. L'impartialité subjective quant à elle ne peut être accessible aux juges que si leur indépendance est garantie, notamment concernant leurs carrières. C'est aussi pour s'offrir ce luxe indispensable de l'impartialité qu'ils bénéficient de l'immunité juridictionnelle. Mais de nombreuses affaires, l'affaire d'Outreau notamment, remettent en cause la protection de l'immunité, exigeant le principe accru d'une responsabilité des juges. Le choix à venir est de nature politique, la réforme du juge d'instruction étant, si ce n'est le serpent de mer, à tout le moins, la toile toujours remise sur le métier.

I. Le paradoxal d'une exigence d'un juge impartial

A. Le droit à un tribunal qui donne à voir sa neutralité

- 1. La protection du justiciable contre le jeu des qualifications juridiques***
- 2. La protection du justiciable grâce à l'impartialité apparente du tribunal***

B. La nécessité d'une justice humaine

- 1. La conscience du juge***
- 2. La protection d'un juge contre lui-même***

II. Le droit nécessaire du juge à être protégé du pouvoir d'autrui pour exercer le luxe requis de l'impartialité

A. L'indépendance du juge à l'égard de l'État

1. Un grand hommage doit être rendu à Pierre Crocq, précédent auteur de cette section, qui a mené de ce thème une étude extrêmement approfondie, exhaustive et précieuse. Sa lecture demeure d'une très grande utilité en recourant à l'édition 2007 du présent ouvrage.

1. *Les rapports de la magistrature avec le pouvoir politique*
 2. *Les garanties dans les carrières des magistrats*
- B.** L'immunité de la fonction juridictionnelle, comme gage d'impartialité
1. *Le principe d'immunité et l'acte de juger*
 2. *L'émergence de la responsabilité des juges*

680. Impartialité du tribunal et accès à la justice. L'accès à la justice et au droit, qu'on a pu désigner comme un « droit au juge », n'a de sens que si ce juge est impartial. C'est pourquoi l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, pose pour chacun le « droit à un tribunal impartial ». Cela explique que la Cour de cassation y voit un principe d'ordre public, dont les parties ne peuvent délier le juge². En effet, si à l'inverse la cause est entendue par avance, que la partie, qui succombe ou triomphe, est d'ores et déjà désignée, alors il n'y a plus au sens littéral de justice : ce n'est que mascarade. Pour ne prendre qu'un exemple, les « procès de Moscou » furent désignés comme le contraire de la justice parce que les juges n'y étaient pas impartiaux, alors même que les règles de procédures y étaient formellement respectées. Il faudrait mieux dire qu'elles y étaient mimées. Ainsi, impartialité du juge et démocratie sont consubstantielles, la Cour européenne des droits de l'homme associant le droit à un tribunal impartial et le caractère démocratique d'une société³.

681. Impartialité du tribunal et État impartial. L'impartialité du juge ne s'impose pourtant pas si aisément comme une évidence. En effet, l'impartialité se définit comme la qualité d'une personne ou d'une organisation qui agit sans entrer elle-même en considération dans l'action. Ainsi, Max Weber a montré que l'organisation sociale s'est véritablement construite sur le principe neutre de la légalité dès l'instant que la décision publique n'avait plus résulté de la relation interpersonnelle entre le décideur et l'assujéti. L'abstraction de la loi, l'égalité de chacun devant celle-ci, sont étroitement liées à l'impartialité de celui qui applique la règle. C'est pourquoi d'une façon plus récente et plus générale, on a pu évoquer l'impartialité de l'administration ou la notion d'État impartial, bien au-delà de la sphère juridictionnelle.

682. Contradiction avec l'inévitable humanité de la justice. Mais alors seul un robot peut être véritablement impartial, parce que le seul usage neutre de la règle en est l'application mécanique. L'expérience fut d'ailleurs tentée d'appliquer sur des contentieux standardisés, comme celui des accidents de la circulation, des outils informatiques. Cette voie ne semble pas avoir prospéré. En effet, rendre la justice est fondamentalement une activité humaine, notamment parce que le jugement restitue au justiciable son droit, constitue pour lui une reconnaissance sociale, et cela ne peut être opéré par simple mécanique.

683. Plan. Si l'on admet cela, à la fois l'impératif politique d'un juge neutre et l'impératif social d'un juge impliqué, les deux convergeant vers la forte affirmation que la justice est humaine, alors il faut admettre et résoudre le paradoxe intrinsèque de ce juge impartial auquel chacun a droit (*I.*), ce qui conduit non pas à neutraliser son humanité, mais à protéger le juge des pouvoirs qui, le menaçant, mettent donc en danger ce droit du justiciable, conservant alors au juge son indépendance contre l'État et justifie son immunité juridictionnelle (*II.*).

2. Ass. plén. 6 nov. 1998, *Société Bord Na Mona*, D. 1999. 1 et s., concl. J.-F. Burgelin.
3. CEDH 31 mars 2005, *Matheus c. France*, n° 63740/00.

1. *Le paradoxal d'une exigence d'un juge impartial*

684. Plan. Le droit français avait construit d'un côté le droit du procès, au sens strict, dont les principes fondamentaux sont le principe du contradictoire et les droits de la défense, tandis que l'organisation juridictionnelle relevait davantage des services publics et des libertés publiques. L'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme a bouleversé cette scission, dans cette unité que reflète aujourd'hui le droit processuel, mêlant procédure et organisation, principes communs au bénéfice du justiciable, et avant tout ce principe d'impartialité auquel le droit français n'avait que peu donné d'autonomie. C'est donc à partir de la Convention que s'est cristallisé un droit pour chacun à un tribunal qui donne à voir sa neutralité (A.). Cependant, et c'est là que se loge le paradoxe, la justice ne peut qu'être humaine : l'on veut qu'il en soit de plus en plus ainsi, le droit devant résoudre cette contradiction (B.).

A. Le droit à un tribunal qui donne à voir sa neutralité

685. Plan. Pour que le droit de la personne soit effectif, alors faut-il que l'organe dont elle pourra exiger l'impartialité soit qualifié de « tribunal », afin qu'il y ait correspondance avec l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (1.). Une fois cela acquis, le justiciable peut revendiquer de la juridiction une neutralité qui se donne à voir (2.).

1. *La protection du justiciable contre le jeu des qualifications juridiques*

686. Le danger des « jeux normatifs de langages » contre les droits fondamentaux. Le droit est un jeu de langage, c'est pourquoi un des plus grands dangers pour les personnes que le droit doit protéger, consiste à laisser des pouvoirs changer les mots pour échapper à des régimes juridiques contraignants dont ils ne désirent pas l'emprise. Ainsi en est-il du terme « tribunal », lequel doit être juridiquement imputé à une organisation, avant que l'exigence d'indépendance et d'impartialité puisse être imposée à celle-ci. Il est donc très tentant pour les pouvoirs de « jouer sur les mots ».

687. La question des autorités administratives indépendantes et la querelle de droit interne. C'est à ce titre que la France a longtemps estimé que les autorités administratives indépendantes, puisqu'elles ne s'appellent pas « juridictions », n'avaient pas à être soumises, dans toute son ampleur, au principe européen d'impartialité, le droit français ne visant lui que les principes procéduraux de contradiction et de droits de la défense. La Cour européenne des droits de l'Homme, par l'arrêt *Engel* du 8 juin 1976⁴, puis la Cour de cassation, dans son arrêt d'assemblée plénière *Oury* du 5 février 1999⁵, mit fin au procédé consistant

4. In V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 12^e éd., Sirey, 2011, n° 95.

5. *RD bancaire et bourse* 1999, 33, obs. M.-A. Frison-Roche. Dans ce phénomène en cascade, v. à propos de la Commission bancaire (aujourd'hui absorbée par l'Autorité de contrôle prudentiel), CEDH 11 juin 2009, *Duhus c. France*, D. 2009, 2247-2250, note A. Couret. Cet arrêt rejette l'argument français selon lequel seule la procédure disciplinaire était soumise à l'article 6 de la Conv. EDH et non la « simple procédure administrative ». C'est pourquoi le Conseil constitutionnel, par une décision du 2 décembre 2011, *Banque populaire Côte d'Azur*, a déclaré lui aussi non conforme à la Constitution la procédure de la Commission bancaire (décis. n° 2011-200 QPC). Le législateur, retenant par avance la leçon donnée par la CEDH, avait veillé dans la *loi de régulation financière* du 22 octobre 2010 à séparer les deux fonctions (cf. M.-A. Frison-Roche, « QPC, autorité de concurrence, autorité de régulation économique et financière : perspectives institutionnelles », *LPA* 29 sept. 2011, p. 25).

à poser que les autorités administratives indépendantes exerçant des pouvoirs de sanction, la Commission des opérations de bourse (devenue Autorité des marchés financiers) dans le dernier cas, n'étaient pas soumises au principe d'impartialité. Il en découla des modifications structurelles qui ont eu grand effet en France puisque l'impartialité n'est pas seulement la marque d'un comportement, imputable donc aux juges pris un par un, mais encore un principe structurel, dans les organisations mêmes. Le Conseil d'État ayant lui aussi adopté la même analyse par l'arrêt *Didier* du 3 décembre 1999⁶, les structures des autorités en cause furent systématiquement modifiées. Désormais la formation de sanction de ces autorités est indépendante du collège de celles-ci. Ce fut l'effet produit par l'association entre la notion d'impartialité et celle d'apparence. D'une façon moins formelle, l'Autorité de concurrence ne confie plus, non plus, aux mêmes personnes les fonctions d'instructions et de jugement, ce qui conduit la chambre commerciale de la Cour de cassation à refuser de transmettre des QPC au Conseil constitutionnel, construites sur l'affirmation du principe constitutionnel d'impartialité, par exemple par l'arrêt du 28 juin 2011⁷.

2. La protection du justiciable grâce à l'impartialité apparente du tribunal

688. *L'exigence européenne de l'« impartialité apparente ».* En effet, la Cour européenne des droits de l'homme, comme la jurisprudence française désormais, exigent des juridictions une « impartialité apparente ». Il ne s'agit en rien, comme certains ont pu un temps le percevoir, de se contenter d'une impartialité au rabais, où le justiciable devrait se contenter d'une impartialité de façade. L'apparence est ici à prendre au sens anglais du terme : l'impartialité doit être vue de tous, constatable par chacun, doit « se donner à voir ». La notion est proche de celle de la transparence, de la confiance et de la sécurité juridique.

C'est à ce titre que les organisations confiant à une seule et même personne, si digne de confiance et intègre soit-elle, les fonctions d'instructions et les fonctions de jugement, méconnaissaient l'impartialité objective apparente, dont on aura donc compris que celle-ci est plus exigeante que l'impartialité elle-même. Mais ce faisant, la justice ne s'éloigne-t-elle pas d'un autre impératif, celui d'une justice plus immédiate, plus imprégnée de personnalisation et de dialogue, bref plus humaine ?

689. *L'interdiction large et objective pour un magistrat de connaître deux fois de la même cause.* C'est dans la même perspective objective que celle de l'impartialité apparente que l'on peut présenter l'interdiction pour un juge de connaître d'une affaire dans laquelle il est déjà intervenu ; est ainsi présentée comme une solution classique⁸, se glissant dans le principe général d'impartialité, la jurisprudence qui interdit notamment à un juge de connaître sur recours d'une cause sur laquelle il avait eu l'occasion de se faire une opinion lors d'une première instance. Ainsi, l'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 10 septembre 2009 pose qu'une cour d'appel ne peut déclarer irrecevable le moyen pris de sa composition irrégulière, l'auteur de l'ordonnance de première instance siégeant désormais en son sein comme conseiller de la mise en état⁹. Parce qu'il doit s'agir d'une appréciation pragmatique et casuistique, l'absence d'identité juridique entre les deux interventions n'est pas suffisante à lever l'in-

6. D. 2000. 62, note M. Boizard.

7. Com., 28 juin 2011, F., *Gaz. Pal.* 9 oct. 2011, p. 10-11, note N. Régis.

8. Par ex., Crim. 7 janv. 1986, D. 1987. 237, note J. Pradel.

9. JCP 2009. II. 352, note E. Putman.

terdiction, si les faits sont identiques. Mais l'on estime par exemple, à propos du jury d'examen à l'école de formation des avocats que l'avocat d'une partie peut siéger au jury d'examen d'un candidat qui représentait, dans un litige antérieur, la partie adverse¹⁰. Cela démontre que la notion centrale, au-delà des catégories juridiques et des distinctions procédurales, est bien la notion concrète de préjugés. C'est pourquoi une jurisprudence très abondante adopte une conception large de l'interdiction. Pour ne prendre qu'un exemple, le fait que le magistrat ait statué à juge unique en première instance puis en collégialité en seconde instance ne suffit pas à lever l'obstacle. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme admet qu'après cassation, la juridiction de renvoi soit valablement composée des mêmes magistrats¹¹. Cette solution, à première vue étonnante, s'explique peut-être, par le fait qu'à ce stade de la procédure on ne dispose pas de suffisamment de magistrats.

690. Exigence d'impartialité et pouvoir du tribunal de s'auto-saisir. Le principe d'impartialité se concrétise en outre par l'interdiction de principe du cumul des pouvoirs de saisir, d'instruire et de statuer. Il existe quelques exceptions, certaines juridictions ayant le pouvoir d'auto-saisine, mais il faut alors que, par ce premier acte, aucune partialité n'affleure¹². On mesure ici l'effet d'une présomption, certes réfragable, d'impartialité dont bénéficie le juge, puisque le cumul des pouvoirs supporte des exceptions, et que l'atteinte à l'impartialité doit être prouvée.

B. La nécessité d'une justice humaine

691. Plan. Sans doute faut-il se référer alors à la conscience du juge qui, par morale, sera impartial (1.). Mais cela ne le soustraira pas de ce seul fait à ses préjugés, qui seront d'autant plus renforcés qu'il sera proche du justiciable. Des mécanismes juridiques, telles que la collégialité ou la motivation viennent alors compenser l'existence inévitable de ces préjugés, pour dépasser l'opposition entre neutralité et humanité de la justice, articulation entre deux principes pareillement promus par notre droit mais qui met le principe d'impartialité en difficulté (2.).

1. La conscience du juge

692. L'atteinte subjective à l'impartialité par la corruption. L'hypothèse la plus simple à appréhender, même si elle est la plus grave et la plus difficile à combattre, est celle d'une « conscience infectée », celle du juge corrompu, puisque le préjugé le plus évident est celui sciemment adopté par le juge parce qu'il a été acheté par l'une des parties afin que le jugement soit favorable à celles-ci. Le mécanisme de corruption, qui gangrène de très nombreux systèmes juridictionnels et les réduit donc à néant, est sanctionné pénalement, et à l'encontre du corrupteur et à l'encontre du corrompu¹³.

Non seulement l'idéal politique mais encore les performances économiques d'un pays tiennent à l'exigence d'un système juridictionnel non corrompu, ce qui explique notamment que la Banque mondiale mette en place, avec un succès relatif, des programmes de lutte contre la corruption. L'observation conduit aussi à critiquer les rapports annuels *Doing Business* de la Banque mondiale, dans

10. Pour ce cas limite et pourtant admis, CE 22 juin 2011, R. et G., concl. M. Guyomar, *Gaz. Pal.* 29 juin 2011, p. 17-22.

11. CEDH, 5^e sect., 18 déc. 2008, *Vaillant c. France*, *Procédures*, note approbative N. Fricero.

12. CE 20 oct. 2000, *Habib Bank*, *JCP* 2001. II. 142, concl. F. Lamy.

13. Art. 434 s. C. pén.

lequel celle-ci cherche à mesurer la part que prend le droit dans l'efficacité économique de tous les pays du monde, en méconnaissant cette intégrité juridictionnelle requise.

693. Le cas du juge « militant ». Une question plus difficile que celle du juge corrompu concerne le juge militant. Certains parlèrent un temps de « juges rouges », les identifiant comme des personnes se présentant elles-mêmes à travers des positions politiques, devant trouver, grâce à leur puissance judiciaire, le moyen politique d'une société plus juste. Cela rappelle le comportement du juge Magnaud qui, à la fin du XIX^e siècle, relaxa une voleuse de pain affamée, et que Clémenceau qualifia pour cela de « bon juge », tandis que d'autres estimaient que des juges ne pouvaient fouler ainsi le droit de propriété¹⁴. Le Conseil supérieur de la magistrature a rappelé aux magistrats qu'ils étaient contraints à un devoir de réserve et ne pouvaient directement prendre des positions politiques ou critiquer des institutions républicaines. Néanmoins, selon la méthode des mises en balance des principes, la légitimité du syndicalisme a été reconnue au bénéfice des magistrats. En symétrie, l'indépendance des magistrats que le système juridique doit garantir n'empêche pas que l'on puisse critiquer les décisions que les juges rendent, en estimant que ceux-ci ont pris des positions politiques. L'affirmer publiquement n'est que faire usage de la liberté d'expression, signe d'une société démocratique¹⁵.

2. La protection d'un juge contre lui-même

694. La volonté politique d'un juge toujours plus humain et proche du justiciable. La justice ne peut qu'être humaine. Elle est même promue comme telle : la justice doit être humaine. En effet, lorsqu'on affirme que l'accès au juge reconstitue un lien social et démocratique, on place le juge au centre de la société en tant qu'il est une personne digne d'assurer cette fonction politique. La promotion des mécanismes de réconciliation, par exemple la médiation, sous son égide, suppose de la même façon, que le juge apparaisse dans toute son humanité. On relègue alors les procédés d'apparat, notamment les robes, l'âne cessant de « porter relique »¹⁶.

695. Articulation difficile entre l'humanité du jugement et le principe d'impartialité : de l'ordre juridique à l'ordre moral. Mais cette mise en avant du juge, en tant qu'il est une personne, et donc nécessairement une personne particulière, s'accorde mal avec le principe d'impartialité. Il faut sans doute changer de registre, et passer de l'ordre juridique à l'ordre moral. L'impartialité relèverait alors de la conscience du juge, apte par sa force intérieure à se garder des influences. L'impartialité du juge relèverait ainsi du for interne de celui-ci. Là aussi, son impartialité ne sera alors que présumée à titre réfragable et c'est au cas par cas que son passage de l'implication à la partialité sera apprécié¹⁷. Il est remarquable que la Cour européenne des droits de l'homme ait posé la nécessité d'une telle démarche casuistique, faisant écho à la dimension personnelle très forte de l'impartialité du juge.

14. M.-A. Frison-Roche, « Le modèle du bon juge Magnaud », in *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 335-342.

15. La CEDH, dans son arrêt du 29 mars 2011, *Conelioa Popa c. Roumanie* (n° 17437/03) rappelle que la préservation de la confiance du public dans les tribunaux n'est pas exclusive de la critique publique des magistrats.

16. A. Garapon, *L'âne portant relique. Essai sur le rituel judiciaire*, Centurion, 1985.

17. CEDH 24 févr. 1993, JCP 1994. I. 3732, n° 18, obs. F. Sudre. Il faut que le justiciable puisse démontrer qu'il avait des raisons objectives de douter de l'impartialité du juge (cf. N. Fricero, *op. cit.*). On mesure ici la relativité de la distinction entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective.

Mais, tout d'abord, mêmes s'ils sont en rapport, l'ordre du droit et l'ordre de la morale sont distincts. En outre, comme on l'a vu à travers la notion d'impartialité apparente, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme exige une impartialité qui se donne à voir, ce qui est difficilement compatible avec cette seule référence au for interne. Enfin, le juge est influençable, comme tout être humain. C'est pourquoi la règle démocratique de liberté de la presse trouve sa limite dans le principe de secret de l'instruction, la jurisprudence rattachant expressément cela à la préservation de l'impartialité des juges¹⁸.

696. Les moyens de compatibilité entre impartialité de la justice et humanité de la justice : la récusation. Le premier moyen est offert au juge lui-même : il convient qu'il se déporte lorsqu'il estime que son impartialité est mise en cause, par exemple parce qu'il connaît personnellement une des parties au procès. Ainsi, l'article 339 du Code de procédure civile dispose qu'il doit alors s'abstenir de juger. Il s'agit là d'un pouvoir pour mieux rendre effectif le devoir d'impartialité, puisque ne pas l'exercer constitue à la charge du juge une faute professionnelle. Dans le même sens, l'article 668 du Code de procédure pénale énumère diverses causes de récusation des juges, qui tiennent à la partialité qui pourrait entacher son jugement.

697. L'aptitude institutionnelle du juge à se soustraire à la routine : la mobilité. Le deuxième moyen de préserver l'impartialité du juge vis-à-vis de lui-même est de l'empêcher d'être victime de ses propres habitudes de raisonnements de comportements, ce que le seul écoulement du temps dans une juridiction produit. À cela, ont répondu les lois organiques du 25 février 1992 et du 25 juin 2001, en créant des obligations de mobilité, soit en raison des fonctions de responsabilité exercées par le magistrat, là où l'habitude est la plus dangereuse, soit parce que le magistrat désire un avancement. Cela est néanmoins difficilement compatible avec l'idée de juges de plus en plus spécialisés dans des pôles parfois uniques sur le territoire, ou au sein des juridictions comme à la cour d'appel de Paris ou au parquet de Paris.

698. L'obligation de motivation et les voies de recours. Le troisième moyen de parvenir à rendre compatibles le droit à un tribunal neutre et l'existence de préjugés qu'on ne peut détruire sans transformer les juges en machines, est de veiller à la motivation des décisions de justice. Le principe de motivation permet, selon le même raisonnement sous-jacent au principe d'apparence¹⁹, au justiciable mais aussi à tous les auditoires concernés et à la société entière, de contrôler comment le juge a pu partir d'une situation de fait et d'user d'une règle de droit pour aboutir à une solution donnée. L'obligation de motivation ne le contraint pas à aboutir à une unique et précise solution, mais restreint sa possibilité de sortir du champ des justifications admissibles, ce qui est une barrière contre sa partialité. D'une façon remarquable, c'est pour violation de l'article 6 de la Conv. EDH et violation du droit à un tribunal impartial que la Cour de cassation a récemment sanctionné des arrêts se contentant de reproduire les conclusions de l'une des parties²⁰ : en effet, une telle rédaction montre que les magistrats n'ont pas écouté les arguments de l'autre partie, même pour les rejeter.

699. La spécificité de la Cour d'assises. La force de cette démonstration entre en contradiction avec la procédure devant la Cour d'assises, qui emprunte à un tout autre raisonnement. En effet, puisque le jury populaire exprime en concentré l'expression du Peuple souverain, il n'a pas à motiver son jugement.

18. Crim. 22 juin 1999, D. 1999. IR 205.

19. Cf. *supra*, n° 688 s.

20. Cf. par ex. Com. 23 mars 2010, RTD Civ. 2010. 289, obs. J.-P. Marguénaud.

Dès lors, la motivation, acte rationnel, contredirait, l'acte de jugement, qui emprunte ici à la souveraineté politique. C'est pourquoi la Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt de grande chambre du 16 novembre 2010, *Taxquet contre Belgique*²¹ n'admet cette absence de motivation « qu'en fonction de l'histoire, des traditions et de culture juridique » des pays européens. D'une façon différente, en France, le Conseil constitutionnel a admis, par une décision rendue le 1^{er} avril 2011 sur QPC, la conformité à la Constitution de cette absence de motivation, justifiant cette position parce que la procédure devant la Cour d'assises est par ailleurs et par compensation « une garantie suffisante contre l'arbitraire »²². Par ailleurs, on peut estimer que la voie d'appel²³, désormais ouverte en matière d'assises, puisque le cas est examiné par d'autres juges et jurés, est apte à dévoiler d'éventuelles partialités, alors anéanties dans le second arrêt d'assises.

700. La collégialité. Enfin, le quatrième moyen auquel on peut songer pour dépasser l'opposition entre neutralité et humanité, en satisfaisant pleinement l'impartialité, réside dans l'organisation collégiale des juridictions. En effet, la collégialité non seulement améliore le bien-jugé, par la discussion et le professionnalisme, mais encore accroît l'impartialité puisque des juges, qui n'ont pas à être distants avec le justiciable pour autant, neutralisent entre eux leur subjectivité. La collégialité est un grand luxe budgétaire et d'organisation, mais elle produit cette réconciliation très heureuse.

701. Une déontologie commune à la « famille judiciaire ». On pourrait en rester là, exiger des tribunaux qu'ils montrent par leur organisation même leur impartialité, qu'ils attestent procès après procès de l'effectivité de celle-ci grâce à la motivation, il demeure que la conscience est le siège naturel de l'impartialité, dont la première forme pour le juge est d'avoir conscience de ses préjugés, pour mieux en prendre distance. Mais il faut encore que les juges aient la force d'être impartiaux. Certes, on pourrait se reposer sur leur courage moral, sur la seule éthique des juges. Mais l'on s'appuie davantage aujourd'hui sur l'idée d'une déontologie commune à la « famille judiciaire » et juridictionnelle. Comme le juge, l'avocat a pour profonde identité son indépendance, socle d'une déontologie qui le rend irréductible à un agent ordinaire de marché, même si l'avocat n'a pas à être impartial. C'est ce pourquoi le « rapport Darrois » de 2009 a préconisé une année de formation commune à tout le personnel de la famille judiciaire, notamment pour cette éducation déontologique unifiée. De la même façon, l'École nationale de la magistrature a créé un pôle d'enseignements autour de l'éthique et de la déontologie. Mais la force de sacrifice du magistrat ne peut suffire. Il faut opposer la force du droit à la puissance d'influence sur le juge, afin qu'il déploie son impartialité au bénéfice du justifiable. Ainsi, un juge ne peut, sauf à être un héros, être impartial s'il n'est pas indépendant.

II. Le droit nécessaire du juge à être protégé du pouvoir d'autrui pour bénéficier du luxe requis de l'impartialité

702. Plan. L'impartialité du juge ne signifie pas qu'il juge nécessairement bien. Il peut avoir fait une appréciation inexacte des faits présentés ou ne s'être pas conformé au droit applicable. Mal juger n'est pas en soi preuve de partialité. Mais il faut que le juge ait eu les moyens de bien juger, même s'il ne les a pas

21. D. 2010. 2841.

22. *Gaz. Pal.* 5 avr. 2011, note O. Bachelet.

23. Sous l'angle de l'accès à la justice, v. « L'accès à la justice et au droit », *supra*, n° 632 et s.

saisis. Dès lors, il doit non seulement être compétent, ce professionnalisme du juge étant un gage d'un bon-jugé, mais encore être indépendant, ce qui est un gage d'impartialité. Le second est le préalable du premier. Plus encore, si le juge n'est pas indépendant, alors l'impartialité lui sera hors d'atteinte. Ainsi, par un raisonnement régressif légitime, le droit à un tribunal impartial suppose que celui-ci soit indépendant. Ce principe d'indépendance est avant tout une question d'organisation de la magistrature et relève donc du statut de celle-ci dans l'État (A.). Il implique *a posteriori* l'immunité attachée à l'acte de juger, immunité aujourd'hui remise en cause face à un principe grandissant de responsabilité (B.).

A. L'indépendance du juge à l'égard de l'État

703. Plan. Nous sommes dans un État de droit, ce qui signifie que l'État se contraint lui-même à subir le droit qu'il engendre ou que les organes mis en place mais sur lesquels il n'a plus la bride, façonnent. C'est pourquoi l'article 64 § 1 de la Constitution dispose que « le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire ». Il demeure que les rapports de la magistrature avec le politique sont à tout le moins sinueux (1.). L'indépendance doit permettre à ceux qui en bénéficient de déplaire, ce qui garantit aux juges de ne pas pâtir de leur impartialité. C'est pourquoi les États de droit associent à ces principes l'immunité de l'acte juridictionnel. Mais aujourd'hui cette irresponsabilité des juges tend à être remise en cause (2.).

1. Les rapports de la magistrature avec le pouvoir politique

704. Indépendance du juge et loi rétroactive. L'indépendance du juge dont le justiciable bénéficie peut être menacée par les pouvoirs politiques. Il en est ainsi lorsqu'une loi de validation est adoptée, qui rend rétroactivement conforme au droit un comportement qu'une juridiction est en train d'examiner. Autant les jurisprudences acquises peuvent-elles être brisées par la loi, autant des lois de validation apparaissent comme des sortes d'intimidation adressées au juge. C'est pourquoi le Conseil constitutionnel a posé, notamment dans sa décision du 28 décembre 1995²⁴, qu'une loi n'ayant pour but que d'entraver l'exercice en perspective de l'activité juridictionnelle était de ce fait contraire à la Constitution. La Cour européenne des droits de l'homme a adopté la même solution²⁵. Il ne s'agit pas de faire prévaloir l'autorité juridictionnelle sur le pouvoir exécutif, souvent à l'origine des lois, mais d'éviter des perversions dans l'État de droit. D'une façon plus ciblée encore, le Conseil d'État, par un arrêt du 10 novembre 2010, a posé que la loi de validation ne pouvait être admise si son effet rétroactif conduisait à méconnaître un droit de la CEDH²⁶.

705. Indépendance des magistrats et statut. L'indépendance du juge se manifeste d'une façon plus massive à travers son statut. C'est pourquoi l'article 64 de la Constitution dispose que « les magistrats du siège sont inamovibles ». À la fois, le principe est très fort, puisqu'il interdit, sauf exception, au pouvoir exécutif de muter ou de sanctionner un magistrat.

706. Le cas du ministère public. Cette protection ne s'étend pourtant pas aux membres du ministère public. Cette exposition des magistrats du parquet au

24. JCP 1996. II. 22636, note Nguyen Van Tuong.

25. CEDH 9 déc. 1994, RTD civ. 1996. 1019, obs. J.-P. Marguénaud.

26. D. 2842, obs. R. Grand.

pouvoir politique, sous la hiérarchie duquel il demeure, a pu être critiquée²⁷, même si le garde des Sceaux ne peut plus donner d'instruction dans des affaires particulières et se contente de donner des instructions de politique pénale générale. On songe régulièrement à adopter des systèmes où le ministère public sera organisé de la même façon que les magistrats du siège, peut-être sous la houlette d'un Conseil supérieur de la magistrature, lui-même rénové, ou bien, sur le mode nord-américain, sous la direction d'une sorte d'*attorney general* indépendant du Gouvernement. Ces idées imprègnent de plus en plus les esprits, surtout si revenait l'idée de supprimer le juge d'instruction, serpent de mer des projets de réforme. Les discussions furent relancées par l'arrêt *Medvedyev contre France*²⁸ de la Cour européenne des droits de l'homme du 29 mars 2010, affirmant que le ministère public « ne peut être une autorité judiciaire », puisqu'il n'est pas indépendant de l'exécutif. On peut néanmoins reprendre la distinction précitée et soutenir qu'il suit les directives générales du ministre mais que, ne recevant pas d'instructions dans les dossiers, il est lui aussi à ce titre indépendant. Cependant, en application de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Conseil supérieur de la magistrature (CSM), depuis 2011, suit d'une façon distincte, par deux sections propres, les juges du siège et les magistrats du parquet. En outre, il y a obligation pour le gouvernement de recueillir un avis consultatif du CSM avant de nommer les procureurs généraux. La réforme a pu être regardée comme une nouvelle étape vers ce qui pourrait être une indépendance du Parquet.

707. Le cas du Conseil d'État. Les craintes que l'on a pu avoir concernant le Conseil d'État²⁹, qu'on aurait pu estimer partial (puisque en amont conseiller du gouvernement sur des projets d'actes administratifs, il en apprécie en aval la légalité en contentieux), ont été apaisées. En effet, le mécanisme a été admis par la CEDH³⁰, puis par le Conseil d'État lui-même qui, appréciant sa propre situation, sans songer être juge et partie ce faisant, a estimé que la question n'était pas suffisamment sérieuse pour justifier la transmission au Conseil constitutionnel d'une QPC à ce sujet³¹. En revanche, le rapporteur public (qui succède au commissaire du gouvernement) et qui, contrairement au ministère public, appartient pleinement à la juridiction administrative tout en s'exprimant en toute indépendance, semble poser problème en ce que le dossier n'est communiqué qu'à lui et non aux parties, une trace ancienne et dépassée tenant à cette affirmation selon laquelle il appartiendrait à la juridiction³², alors qu'il fait souvent de fait face à l'administré³³.

708. Indépendance et devoir éthique d'ingratitude. Les magistrats doivent être garantis dans leur indépendance par rapport à ceux qui les nomment, et ceci parfois malgré eux : l'indépendance doit pouvoir se traduire par un devoir éthique d'ingratitude. Cette ingratitude est particulièrement requise lorsque les juges sont élus, car ils ne doivent pas être pour autant capturés par ceux qui les ont désignés, la neutralité du concours administratif préservant les magistrats « ordi-

27. On a pu proposer une « indépendance fonctionnelle » qui permettrait au parquet de demeurer rattaché à l'exécutif mais de fonctionner de manière indépendante par rapport à lui, un peu comme le font les Autorités administratives indépendantes. V. dans ce sens H. Matsopoulou, sous CEDH, 29 mars 2010, *Medvedyev*, *Gaz. Pal.* 27 avr. 2010, p. 15 s.

28. D. 2010.952, note P. Spinosi, La jurisprudence interne a harmonisé sa position en reproduisant la solution européenne (Crim. 15 déc. 2010, *Gaz. Pal.* 23 déc. 2010, p. 27).

29. Du fait de l'arrêt *Procola c. Luxembourg* (CEDH 28 sept. 1995, D. 1996. 301).

30. CEDH 30 juin 2009.

31. CE 16 avr. 2010, *Association Alcaly et al.*, LPA 28 juill. 2010, p. 11 s., note O. Lebot.

32. S. El Boudouhi, « Déférence de la CEDH envers le nouveau dispositif concernant le rapporteur public ou juste un sursis », *AJDA* 2009. 2468 s.

33. Pour sa défense, cf. A. Berlerin, « Rapporteur public : chronique d'une controverse annoncée », *AJDA* 2010. 1574-1577.

naires » de ce soupçon. À ce titre, les conseils de prud'homme, mais surtout les tribunaux de commerce sont régulièrement critiqués pour ce qui serait une partialité inexpugnable du seul fait de leur élection par leurs pairs. On a pu proposer une suppression radicale de ce système; plus pragmatiquement, on cherche à limiter les risques de partialité dans les procédures elles-mêmes, notamment dans les procédures d'insolvabilité³⁴.

709. Indépendance et règle institutionnelle de non-renouvellement des fonctions. En outre, les juges, parce qu'ils ne peuvent raisonner tout à fait différemment des autres hommes, peuvent anticiper des bienfaits que l'État pourrait leur donner dans des nominations ultérieures. C'est pourquoi la Cour européenne des droits de l'homme a estimé dans un arrêt du 9 novembre 2006 que le non-renouvellement des fonctions était une garantie d'impartialité³⁵. Cela justifie également les règles de non-renouvellement des membres des Autorités administratives indépendantes.

2. Les garanties dans les carrières des magistrats

710. Le Conseil supérieur de la magistrature. L'indépendance des juges repose principalement sur le Conseil supérieur de la magistrature, qui veille à ce que les modes de nomination ne viennent pas gangrener l'effectivité d'impartialité des magistrats à l'égard des pouvoirs qui les nomment, car on ne peut à l'excès ni compter sur la bienveillance du pouvoir politique à l'égard des magistrats ni surestimer la force morale de ceux-ci. Les réformes se sont succédé pour aboutir à ce qu'un juge du siège ne puisse être nommé sans l'avis conforme du Conseil, et, pour les plus élevés des magistrats, que le processus débute par une proposition du Conseil faite au pouvoir exécutif. S'y ajoute, depuis 2011, l'obligation d'un avis consultatif pour les procureurs généraux.

711. Feux croisés sur les modes de désignation des juges et le rôle du CSM. Aucun système n'étant parfait, cette organisation a pu être critiquée parce que corporatiste, et même syndicalisée. De fait, et cela est observable pour toute profession, les professionnels entre eux jouent, échangent, anticipent, se neutralisent, etc., et il n'en résulte pas forcément le choix des meilleurs. On aura alors sacrifié la compétence professionnelle à l'indépendance, l'aptitude à l'impartialité. C'est pourquoi on évoquait régulièrement la perspective de composer le Conseil avec une majorité de membres n'appartenant pas à la magistrature, ce qu'opéra la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, suivie de la loi organique du 22 juillet 2010. Le 3 février 2011, la composition du Conseil a été modifiée pour y faire entrer un nombre important de non-magistrats, qui détiennent désormais la majorité du Conseil. De fait, cela a vocation à faire reculer l'emprise des syndicats de magistrats sur le Conseil. En outre, le droit ayant rejoint le fait, le Président de la République ne préside plus le Conseil, qui est désormais présidé dans sa formation plénière par le Premier président de la Cour de cassation.

B. L'immunité de la fonction juridictionnelle, comme gage d'impartialité

712. Le principe d'irresponsabilité attachée à l'acte juridictionnel. Par principe, le juge est irresponsable, afin que son indépendance et son impartialité soient

34. Cf. J.-L. Vallens, « Impartialité du tribunal, procédures collectives et droits de la défense », D. 2008. 972 s.

35. CEDH 9 nov. 2006, JCP 2007. I. 106, n° 6, obs. F. Sudre.

effectives. Comme on l'a vu³⁶, c'est précisément lorsqu'il refuse de se déporter alors qu'il sait pouvoir être partie, qu'il est responsable. Plus encore, faute de cette réactivité morale, d'une solution trouvée à l'intérieur de la conscience du juge, les parties par avance lésées pourront se protéger soit grâce à une action en renvoi pour cause de suspicion légitime, soit à travers une procédure de récusation. On sait que, l'arbitrage cessant d'être un « monde polissé » pour se juridictionner³⁷, les actions en récusation contre les arbitres se multiplient, même si la récusation ne peut être demandée que formulée contre l'autre partie au litige arbitral, et non contre l'arbitre lui-même, car un arbitre, qui est un juge, ne peut être traité comme une partie. Parce que le Conseil constitutionnel est désormais considéré par tous comme une juridiction, les membres doivent aussi être impartiaux ; à ce titre, ils devraient pouvoir être récusés³⁸. La voie plus violente encore à l'égard du juge de « prise à partie » de celui-ci a été supprimée de notre droit, car le statut de juge ne peut être confondu avec le statut de partie.

1. Le principe d'immunité et l'acte de juger

713. *L'immunité juridictionnelle, gage de l'indépendance du juge dans son office.* Le juge bénéficie d'une immunité dans l'exercice de son pouvoir, non pas en référence à une quelconque souveraineté, comme celle de l'État, mais bien pour lui conférer la force de son indépendance. Ainsi, l'immunité juridictionnelle ne fait pas du juge un pouvoir politique, il lui permet de demeurer dans une indépendance effective. C'est pourquoi, lorsqu'un juge agit ordinairement en quelque sorte, en commettant un dommage hors de son office juridictionnel, il en est responsable. Mais s'il est dans son office, il devient irresponsable. Ainsi, même si le juge commet une erreur, et « l'erreur est humaine », cela n'entraîne pas sa responsabilité. La frontière n'est pourtant pas si simple : ainsi, l'incurie procédurale d'un juge qui, par exemple, fait preuve d'un manque total de diligence, n'est pas dans son activité de juger mais se situe néanmoins dans un processus juridictionnel. L'immunité ne signifie pas être intouchable : elle n'est attachée qu'au pur acte de dire le droit. La déontologie procédurale va monter en puissance pour affirmer la distinction et rendre les magistrats davantage responsables de leurs comportements procéduraux, tout en préservant leur immunité de *juris-dictio*.

714. *L'incompréhension de l'opinion publique face aux erreurs ou aux incuries judiciaires.* Cependant, au-delà même des victimes des dommages causés par les juges dans leurs offices, l'opinion publique ne supporte plus guère cette irresponsabilité, qu'elle ne comprend pas. Cela peut tenir à l'idée générale que toute faute doit être suivie de sanction et à la conscience sociale que les juges sont des personnes humaines ordinaires. Il faut encore être attentif au fait que la société n'admet plus de pouvoir sans responsabilité, celui-ci n'étant plus la conséquence du premier mais bien plutôt sa source : on est légitime à exercer un pouvoir parce qu'on est responsable dans son usage. Pourtant, gardons en mémoire d'un autre côté que la France doit demeurer un État de droit, et qu'on risque d'oublier que la responsabilité des juges est souvent ce par quoi une démocratie est mise en danger.

36. Cf. *supra*, n° 689.

37. De fait, parce que ce contentieux est de plus en plus violent ; de droit, puisqu'il est désormais régi par l'article 6 Conv. EDH, comme les autres contentieux : Civ. 1^{re}, 6 oct. 2011, D. 2011. 2442, obs. X. Delpach.

38. P. Bon, « Récuser un membre du Conseil constitutionnel », D. 2010. 2007-2017.

2. L'émergence de la responsabilité des juges

715. Évolution du droit vers la discipline des juges. Il demeure que la responsabilité des juges est aujourd'hui revendiquée par l'opinion publique et beaucoup d'hommes politiques ou de personnalités du monde économique. La réaction est d'accroître effectivement une pression déontologique et disciplinaire sur les juges. Pour que la force de l'impartialité juridictionnelle demeure, la première précaution est de distinguer l'acte de juger, qui demeure protégé car il recèle le choix impartial du magistrat, se démarquant de ces autres actes de poursuite et de menée de l'instance, notamment de procédure, pour lesquels il convient que le magistrat rende davantage de compte. Il en est ainsi des délais de procédure ou des tenues d'audience, pour lesquels des sanctions sont prises. Pourtant, la responsabilité disciplinaire est un risque pour l'indépendance et l'impartialité en ce qu'elle offre le juge aux pouvoirs d'autrui. C'est pourquoi c'est au Conseil supérieur de la magistrature qu'il revient d'exercer cet office et, même si la loi du 5 mars 2007 a accru son office en la matière, le système de responsabilité demeure entre ses mains. Cependant, la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a permis aux justiciables de saisir le Conseil pour que celui-ci exerce son pouvoir disciplinaire. Il demeure qu'on estime pour l'instant que l'impartialité est un bien commun politique, cœur de la démocratie et trop fragile pour être jeté avec l'eau du bain du principe de la responsabilité.

Bibliographie indicative

- P. BON, « Récuser un membre du Conseil constitutionnel », *D.* 2010. 2007-2017.
- D.-N. COMMARET, « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.* 1998. Chron. 262 s.
- F. DEFFERARD, *La suspicion légitime*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 332, 2000.
- M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *D.* 1999. Chron. 53 s.; « La responsabilité des magistrats, comme mise à distance », in *Entretiens d'Aguesseau, La responsabilité des magistrats*, PUL, 2008, p. 229-239.
- R. DE GOUTTES, « L'impartialité du juge – Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité? », *RSC* 2003. 63 s.
- S. HENNION-MOREAU, « L'indépendance et l'impartialité des juridictions sociales », *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à J. Normand*, Litec, 2003, p. 219 s., spéc. p. 234 s.
- M. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 352, 2001.
- S. JOSSE-RAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, LGDJ, coll. « Bibl. sc. crim. », t. 33, 1998.
- R. KOERING-JOULIN, « La notion européenne de "tribunal indépendant et impartial" au sens de l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », *RSC* 1990. 765 s.
- E. DE LAMAZE, C. PUJALTE, *L'avocat, le juge et la déontologie*, PUF-Présaje, coll. « Questions judiciaires », 2009.
- J.-Y. MCKEE, « Le Conseil supérieur de la magistrature, siégeant comme Conseil de discipline des magistrats du siège, et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à P. Drai*, Dalloz, 2000.

- E. MITARD, « L'impartialité administrative », *AJDA* 1999. 479 et s.
- T. MONTÉLAN, « L'impartialité du juge et les procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2002, n° 243 s.
- J. NORMAND, « Le droit à un tribunal impartial devant les juridictions de l'ordre judiciaire (art. 6-1, Conv. EDH) et la composition des juridictions », *RTD civ.* 1993. 874 s.
- J. PRADEL, « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », *RSC* 1990. 692 s.
- F. TERRÉ, « De l'indépendance des juges », *Rev. métaph. morale* 1997. 511 s.
- J. VAN COMPERNOLLE, « Évolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective », *RTDH* 1994. 429 s.

Pistes de réflexion

Le principe d'impartialité implique-t-il la réforme du système français du juge d'instruction ?

Le principe d'impartialité s'applique-t-il ou ne s'applique-t-il pas au ministère public ?

Le principe d'impartialité requiert-il, ou non, l'établissement d'une procédure pénale accusatoire ?

Un magistrat impartial, un rêve inaccessible ?

Juge impartial, juge impavide, juge passif

Ne convient-il pas mieux de reconnaître l'existence de préjugés et d'obliger les magistrats à les révéler ?

Que pensez-vous de l'initiative anglaise exigeant des magistrats qu'ils révèlent leur appartenance à la franc-maçonnerie ?

La notion d'« impartialité apparente ».

Le principe d'impartialité du juge à l'épreuve de la confrontation entre les magistrats et le monde politique.

La réforme du Conseil Supérieur de la Magistrature a-t-il accru l'indépendance judiciaire ?

Peut-on considérer que les juges doivent être « irresponsables », puisqu'ils doivent être indépendants, condition de leur impartialité ?

L'indépendance de la justice aboutit-elle à la constitution d'un quatrième pouvoir politique ?

Le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême impartiale, et quelles conséquences en tirer sur sa composition et son fonctionnement ?