

Introduction

I. Composition

1. Personnalités extérieures

1.1. Neutralité politique

1.2. Connaissances juridiques

2. Membres magistrats

2.1. Mixité ordre judiciaire - ordre administratif

2.2. Mixité juges - procureurs

2.3. Désignation ès-qualités des chefs de corps

2.4. Représentativité des conseillers magistrats

II. Fonctionnement

1. Présidence du Conseil

2. Prerogatives du ministre de la Justice

3. Compétences limitées des conseillers avocats

4. Rémunération

5. Absence de dispense

III. Attributions

1. Attributions non invasives

1.1. Ethique et déontologie

1.2. Promotion et protection de l'image de la justice

2. Attributions invasives

2.1. Discipline et plainte des justiciables

2.2. Nomination et évaluation

Introduction

Depuis la publication de la recommandation du médiateur relative à l'institution d'un Conseil supérieur de la Justice, datée du 22 mars 2006, le Groupement des Magistrats Luxembourgeois (ci-après GML) n'a cessé de dénoncer la justification du type de Conseil de la Justice préconisé par le médiateur.

S'il existe une grande variété de Conseils de la Justice, tant sur le plan de la composition que sur le plan des attributions, plusieurs commentateurs distinguent entre un modèle nord-européen et un modèle sud-européen. Le premier, de composition apolitique, dispose de compétences destinées à protéger l'indépendance de la justice et à améliorer son

fonctionnement qui sont limitées à l'administration des juridictions, au budget, à la formation continue et à la communication. Les Conseils de la Justice des Etats scandinaves et des Pays-Bas, Etats de tradition démocratique aussi ancienne que constante, font partie de cette première catégorie. L'expression générique « autorités garantes de l'indépendance des juges » qui est fréquemment employée pour désigner les Conseils de la Justice (cf. not. avis n° 10 (2007) du Conseil Consultatif des Juges Européens sur le Conseil de la Justice au service de la société, n° 2 ; exposé des motifs de l'avant-projet de loi sous avis, point 4, page 39) y prend toute sa signification.

Le second, de composition partiellement politique, dispose de compétences étendues (invasives, intrusives) touchant au fonctionnement de la justice. La raison d'être de ce second modèle réside dans les passés dictatoriaux des pays concernés pendant lesquels les magistrats s'étaient discrédités, du fait de leur compromission avec le pouvoir politique. Apparue, dans un premier temps, dans les pays du sud de l'Europe (France, Italie, Portugal, Espagne) au passé fasciste (Pétain, Mussolini, Salazar, Franco), ce type de Conseil a été adopté, par la suite, dans les Etats de l'Europe de l'Est, après la chute des dictatures communistes. Bien que située en Europe du Nord-Ouest et dépourvue de passé dictatorial, la Belgique a adopté ce modèle à la suite d'un scandale judiciaire sans pareil, l'affaire Marc Dutroux, afin de remédier à la perte de confiance subie par la magistrature belge du fait de l'incurie de certains de ses membres, mise à jour dans le cadre de ladite affaire.

Dans les pays se rattachant à ce deuxième modèle, la protection de l'indépendance de la justice n'est pas aussi prioritaire et coexiste avec le

contrôle du fonctionnement de la justice dans une relation non dépourvue de tension.

Dans ces conditions, on ne pouvait qu'être surpris par la recommandation du médiateur du Grand-Duché visant à la création d'un Conseil Supérieur de la Justice largement calqué sur le modèle belge avec, de surcroît, une composition plus politique et des compétences plus invasives que n'importe quelle autre instance similaire en Europe. Non seulement la magistrature luxembourgeoise ne s'est jamais couverte de discrédit, mais de plus l'indice de confiance de la justice auprès des citoyens se situe, de manière constante, à plus de dix pourcents au-dessus de la moyenne européenne.

Cette circonstance est d'autant plus méritoire que, contrairement à une idée reçue, la magistrature luxembourgeoise est une des plus mal payées en Europe (si l'on met en rapport le niveau de rémunération et le coût de la vie) ainsi que le démontrent des études menées par le Conseil de l'Europe et l'Association européenne des magistrats.

Aussi, l'annonce faite, en début de mandat, par Monsieur le Ministre Biltgen de vouloir s'inspirer du modèle néerlandais allait-elle dans le bon sens et rencontrait-elle l'adhésion du GML.

Cependant, l'avant-projet de loi sous avis témoigne d'un revirement puisqu'il s'inspire de la recommandation du médiateur et du Conseil supérieur de la Justice de Belgique.

Bien que plus respectueux de l'indépendance politique de la justice et plus soucieux de l'image de la justice que ne le sont ses sources d'inspiration, le Conseil national de la Justice (ci-après CNJ ou Conseil) conçu par les auteurs de l'avant-projet de loi sous avis, n'en est pas moins critiquable à bien des égards.

Pour une meilleure compréhension des observations qui suivent, nous aborderons le sujet de la composition et du fonctionnement du Conseil national de la Justice avant d'examiner ses attributions, inversant l'ordre de présentation choisi par les auteurs du texte en discussion.

I. Composition

Le chapitre 3 (articles 31 à 39) est consacré à la composition du Conseil national de la Justice. L'article 31 détermine quelles personnes feront partie du Conseil. Sur 15 membres, le Conseil compterait cinq personnalités extérieures. Huit membres magistrats sur dix, seraient des chefs hiérarchiques, désignés ès qualités, issus de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif.

1. Personnalités extérieures

1.1. Neutralité politique

L'article 35 énumère les incompatibilités. Tous les mandats publics électifs, tant sur le plan national que local, sont incompatibles avec la qualité de membre du Conseil. Conformément à une demande du GML, les auteurs de l'avant-projet de loi ont retenu que la qualité de membre du CNJ serait incompatible avec la fonction de membre du Conseil d'Etat (article 35 (1) 2°). Le texte proposé offre de sérieuses garanties et témoigne, à cet égard, d'une intégrité dont il y a lieu de se féliciter. Cependant, afin de parfaire l'effort visant à assurer la neutralité

politique de l'instance garante de l'indépendance et de l'impartialité des juges, il serait souhaitable de prévoir, à l'instar de plusieurs lois étrangères, une période de « carence » ou de « sûreté » de quelques années (5 ans) entre la fin du mandat politique et l'éligibilité au Conseil.

1.2. Connaissances juridiques

L'article 34, 3° dispose qu'il faut « justifier d'une connaissance adéquate du système judiciaire national, soit d'une expérience professionnelle utile pour les travaux du Conseil ».

Le texte sous avis ne requiert pas du candidat qu'il soit titulaire d'un diplôme universitaire sanctionnant des études de droit.

Compte tenu des attributions qu'il est projeté de confier au Conseil, cette condition devrait être introduite dans le projet de loi. Il est rappelé que l'ensemble des membres du Conseil, y compris les personnalités extérieures, seraient amenés, selon l'avant-projet de loi, à évaluer le travail des magistrats et à décider, en fonction notamment de cette évaluation, de l'évolution de carrière des magistrats, à participer à la prise de décision concernant la discipline des magistrats, leur déontologie et leur formation continue ainsi qu'à l'élaboration d'avis concernant l'organisation et le fonctionnement de la justice. Or, l'exercice de toutes ses attributions suppose de solides connaissances juridiques.

A défaut, le conseiller n'aurait pas la capacité requise pour s'acquitter de sa mission de manière éclairée et juste et bénéficier de la confiance des magistrats et des justiciables.

Si les délibérations du Conseil porteront aussi, parfois, sur des questions de budget de l'administration judiciaire ou de profil psychologique des candidats à un poste, cette composante des travaux du Conseil ne sera que secondaire par rapport aux travaux nécessitant des connaissances juridiques. D'autre part, outre que les discussions autour de ces questions seront accessibles à des juristes, il y a lieu de relever qu'il est loisible au Conseil de faire appel à des experts ou consultants, en application de l'article 44 (2) aux termes duquel « le Conseil peut appeler à ses séances, pour y prendre part avec voix consultative, toute personne susceptible de l'éclairer par ses connaissances spéciales ».

2. Membres magistrats

2.1. Mixité ordre judiciaire – ordre administratif

A côté de six chefs de corps de l'ordre judiciaire, le président de la Cour administrative et le président du tribunal administratif seraient membres du CNJ (article 31, 4° et 5° de l'avant-projet de loi). Cette mixité s'inscrit dans l'« optique de la création d'une magistrature unique » et le souci du gouvernement de « favoriser la mobilité professionnelle des magistrats au sein du pouvoir judiciaire » (exposé des motifs, point 4.2.3, page 44).

La séparation traditionnelle des deux ordres juridictionnels trouve une justification, entre autres, dans la considération que les matières traitées sont très différentes et requièrent des qualifications spécifiques.

Aussi le projet de loi initial sur les attachés de justice prévoyait-il deux examens de recrutement séparés avec des épreuves portant sur des matières différentes : droit administratif et droit fiscal en ce qui concerne l'ordre administratif / droit civil, procédure civile, droit pénal et procédure pénale en ce qui concerne l'ordre judiciaire. Si le projet de loi amendé instituait un examen de recrutement unique, il y était néanmoins retenu ce qui suit « Le Gouvernement estime que les fonctions de juge du tribunal d'arrondissement ... et de juge du tribunal administratif sont des **métiers distincts** au sein de la magistrature qui exigent des **capacités différentes** » (commentaire de l'amendement n° 13, p. 15).

Le GML partage ce point de vue.

Un autre argument milite en défaveur de la mobilité d'un ordre vers l'autre. D'après le texte sous avis, le rang d'ancienneté doit continuer à jouer un rôle important¹ dans le cadre des propositions de nomination, mais les magistrats recrutés avant l'entrée en vigueur de la loi du 7 juin 2012 continueront d'être inscrits sur deux listes de rang séparées (cf. commentaire de l'article 4, page 57). Il serait dès lors inéquitable de permettre le passage d'un ordre juridictionnel à l'autre, du moins jusqu'à ce que les candidats figurent sur une liste de rang commune.

Comme la désignation des représentants de l'ordre administratif repose essentiellement sur la « mobilité professionnelle des magistrats au sein du pouvoir judiciaire », et que celle-ci paraît contre-indiquée pour les motifs résumés ci-dessus, la présence de représentants des deux ordres juridictionnels au sein d'une même composition perd sa raison d'être.

¹ Selon le GML, ce rôle doit, en général, être déterminant.

En second lieu, les juridictions administratives seront amenées à connaître des recours en annulation dirigés contre les décisions du CNJ.

La présence des chefs hiérarchiques ou d'autres représentants des juridictions administratives au sein du Conseil poserait un problème d'impartialité ou du moins d'apparence d'impartialité suffisante dans le cadre de l'exercice du recours en annulation.

En troisième lieu, il est permis de penser que les chefs hiérarchiques d'un ordre déterminé n'ont qu'une connaissance très limitée du fonctionnement des juridictions de l'autre ordre et de son personnel.

Pour ces motifs, le GML considère qu'il y aurait lieu de reconsidérer la composition mixte des deux ordres juridictionnels au sein du CNJ.

2.2. Mixité juges et procureurs

Il résulte des articles 31 et 33 de l'avant-projet que, sur les dix membres magistrats, au minimum deux membres et au maximum cinq membres appartiendraient au ministère public et qu'au minimum cinq membres et au maximum 7 membres appartiendraient à la magistrature assise. Aucune séparation n'est prévue entre les magistrats du siège et les magistrats du ministère public. Aucune distinction n'est prévue selon que le Conseil exerce ses attributions relativement à un membre de la magistrature assise ou à un membre du ministère public.

Cette circonstance est contraire aux principes régissant notre organisation judiciaire et reconnus par l'ensemble des Etats de droit européens.

Aussi l'étude du droit comparé fait-elle apparaître que les Conseils de la Justice à l'étranger, sont soit exclusivement compétents pour les juges (Espagne, plusieurs Etats de l'Europe de l'Est), soit nettement séparés en deux formations, l'une étant compétente pour les juges et l'autre pour les membres du ministère public (France), soit au nombre de deux conseils, l'un étant compétent pour les magistrats du siège et l'autre pour les membres du ministère public (Portugal).

Dans leur avis commun « sur les juges et les procureurs dans une société démocratique », le Conseil consultatif des juges européens (ci-après CCJE, organe consultatif du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe) et le Conseil consultatif des procureurs européens (ci-après CCPE) mettent en évidence, la nécessité de garantir l'indépendance du juge vis-à-vis de l'exécutif et des parties, de même que la nécessaire indépendance des juges et des procureurs, les uns vis-à-vis des autres, quel que soit le degré d'autonomie du ministère public à l'égard du pouvoir exécutif (avis n° 12 (2009) du CCJE et 4 (2009) du CCPE, section I, paragraphes 3 et 7 et section II, paragraphes 6-10, 23-24, 33-34).

Cette indépendance doit constituer la ligne directrice des règles statutaires et des conduites des uns et des autres dans leur travail quotidien (section II, paragraphes 40 et s.) De plus, il importe de veiller aux **apparences** et de faire en sorte qu'aux yeux des justiciables, l'indépendance soit visible : « **Si les juges et les procureurs doivent être indépendants dans l'exercice de leurs fonctions, ils doivent l'être et apparaître ainsi également les uns vis-à-vis des autres** » (section II, paragraphe n° 36). Cette indépendance doit se refléter notamment dans

leurs **statuts respectifs**, le **développement de la carrière** des juges et des procureurs ainsi que **les déplacements** (section II, paragraphe n° 37).

Aussi la Recommandation n° R (2000) 19 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur le rôle du ministère public affirme-t-elle en ce qui concerne plus particulièrement la protection de l'indépendance des juges, l'importance des garanties statutaires et la nécessité de prendre « toutes mesures appropriées afin que le statut (et) les compétences du ministère public soient définis par la loi de sorte qu'il ne soit possible de nourrir aucun doute légitime quant à l'indépendance et à l'impartialité des juges » (paragraphe n° 17).

Si peu de développements sont consacrés à la raison d'être de l'exigence d'indépendance des magistrats du ministère public, il en est autrement de l'exigence d'indépendance du juge.

Il y va, en l'occurrence, du respect du principe de la séparation des pouvoirs (a) et du respect du principe de l'égalité des armes (b) qui veut que les procureurs jouissent des mêmes droits et des mêmes obligations que « toute autre partie » et ne bénéficient pas d'une « position privilégiée dans la procédure » (avis n° 12 (2009) du CCJE et 4 (2009) du CCPE, section II, paragraphe n° 66).

a. Séparation des pouvoirs

Les articles 70 et suivants de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire placent le ministère public sous l'autorité et la surveillance du ministre de la Justice, membre du gouvernement. Dans le domaine de la procédure pénale, les articles 16-2 à 20 du Code

d'instruction criminelle définissent les règles relatives à la subordination hiérarchique du ministère public à l'égard du ministre de la Justice.

Or, aux termes de la Recommandation n° R (94) 12 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges « toute décision concernant la carrière professionnelle des juges devrait reposer sur des critères objectifs ... et **l'autorité compétente en matière de sélection et de carrière des juges devrait être indépendante du gouvernement** et de l'administration » (Principe 1, art. 2 c.).

Les dispositions légales citées ci-dessus s'opposent donc à ce que des membres du ministère public siègent au sein d'une instance compétente en matière de nomination des juges.

Sur base de ces mêmes dispositions, l'usage s'est d'ailleurs établi de reconnaître au ministre de la Justice une certaine liberté de choix dans la désignation des principaux responsables du ministère public et de ne pas lui reconnaître cette même liberté lorsqu'il s'agit de pourvoir à un poste dans la magistrature assise.

Il va de soi que l'aboutissement du projet transmis pour avis supposerait, au préalable, une redéfinition du statut du ministère public et une importante révision des textes afférents ainsi que des pratiques suivies en matière de nomination.

Encore convient-il de ne pas se méprendre sur les limites du renforcement de l'indépendance du ministère public, laquelle ne sera jamais comparable à celle qui existe et s'impose en ce qui concerne les magistrats du siège, à moins d'envisager une réforme autrement plus vaste que celle actuellement en discussion.

En effet, même si les magistrats du ministère public devenaient indépendants du pouvoir exécutif, il n'en demeurerait pas moins que

l'organisation hiérarchique du ministère public et son indivisibilité feraient obstacle à une réelle indépendance des magistrats qui le composent dans leurs rapports internes (cf. H. Solus et R. Perrot, *Droit Judiciaire Privé*, tome 1^{er}, éd. Sirey, 1961, n° 854 ; R. Perrot, *Institutions Judiciaires*, Montchrestien, 2^e éd., n° 124 ; G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, 14^e éd., n° 112 et s.).

Les rapports de subordination et de représentation mutuelle qui en résultent sont, en effet, étrangers à la magistrature du siège et incompatibles avec une indépendance individuelle des membres du ministère public.

D'autre part, même la suppression du lien de subordination du ministère public vis-à-vis d'un membre du gouvernement ne changerait rien au fait que le ministère public, pour des raisons fonctionnelles, doit être considéré comme représentant du pouvoir exécutif auprès des juridictions, de sorte qu'en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, l'exigence d'indépendance des juges et des procureurs les uns vis-à-vis des autres continuerait de s'imposer pleinement.

En ce qu'ils défendent les intérêts de la société et requièrent des juges la mise en exécution des lois et font exécuter les arrêts et jugements, les magistrats du ministère public participent à l'exercice du pouvoir exécutif et peuvent être considérés comme les représentants du pouvoir exécutif auprès des juridictions (cf. A. Braas, *Précis de Procédure Pénale*, tome 1^{er}, Bruylant, 3^e éd., n° 44 et s ; H. Solus et R. Perrot, *op. cité*, n° 846 et s. ; R. Thiry, *Précis d'Instruction Criminelle en Droit Luxembourgeois*, tome 1^{er}, éd. De Bourcy, n° 61).

« Le rôle des officiers du ministère public ... est tout à fait différent de celui des autres magistrats et de ce qu'on comprend dans la fonction juridictionnelle classique. Le ministère public ne joue pas ... un rôle de juge, il est une partie représentant la société. De ce point de vue fonctionnel et non organique, il est manifeste que le ministère public joue un rôle d'auxiliaire de la justice en collaborant à la décision qu'il s'efforce de faciliter et d'orienter dans le sens qui lui paraît favorable à l'intérêt bien compris de la société mais en n'y participant pas » (M.-L- Rassat, *Traité de procédure pénale*, éd. P.U.F., 1995, n° 148, p. 224).

« Dans la mesure où ils vont **poursuivre la répression des infractions pénales** », les membres du ministère public remplissent « une des tâches qui incombent au gouvernement », ils exercent « **une fonction que l'on répute par essence gouvernementale** » et sont, dès lors, à considérer comme les « agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux » (M.-L- Rassat, *op. cit.*, n° 152, p. 230)

D'éminents auteurs belges décrivent le lien entre le ministère public et le pouvoir exécutif en des termes un rien plus nuancés, mais partagent fondamentalement l'analyse des auteurs cités ci-dessus « **membres du pouvoir exécutif** et non du pouvoir judiciaire, travaillant en étroite collaboration avec l'ordre judiciaire, sans être titulaires du pouvoir juridictionnel, les magistrats du ministère public sont donc à la fois organes de l'exécutif et organes judiciaires prêtant leur concours indépendant à l'exercice du pouvoir judiciaire » (M. Franchimont, A. Jacobs et A. Masset, *Manuel de procédure pénale*, éd. Larcier, 2006, page 49 ; dans le même sens A. Fettweis, *Introduction au droit judiciaire privé*, éd. Fac. Dr. Liège, n° 143 et 152).

De ce rapport étroit avec le pouvoir exécutif, il découle que certaines garanties statutaires des magistrats du siège ne leur sont pas applicables et que le ministère public est organisé de manière hiérarchique et indivisible.

« Le ministère public est un corps hiérarchisé de magistrats placés sous la dépendance du Gouvernement et chargés de représenter la société auprès des cours et tribunaux ... Les dispositions constitutionnelles destinées à renforcer l'indépendance des juges, tel que l'inamovibilité et la nomination à vie, ne leur sont pas applicables. En tant qu'organes du Gouvernement, ils sont, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, entièrement indépendants des juridictions auprès desquels ils exercent leur mission » (P. Majerus, *L'Etat luxembourgeois*, éd. Editpress, 1990, p. 271-272).

Le fait que des procureurs et des juges siègent au sein d'une même composition, compétente en matière de nomination et de discipline, tant à l'égard des magistrats du siège que des magistrats debout, ainsi que le prévoit l'avant-projet de loi sous avis, crée une situation de dépendance des uns vis-à-vis des autres (v. infra, point III, 2.2)

En ce qui concerne plus particulièrement les promotions, on relèvera d'ores et déjà que les magistrats « comme les autres fonctionnaires, ont vocation à faire une carrière, c'est-à-dire à occuper des postes de plus en plus élevés à l'intérieur de la hiérarchie judiciaire » (G. Burdeau, F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 26^e édition, p. 727). Par conséquent, il importe de mettre les magistrats à l'abri des pressions et des tentations par des règles appropriées régissant les décisions relatives à leur carrière.

C'est notamment dans ce souci que la Charte européenne sur le statut des juges exige que « pour toute décision affectant ... la nomination, le déroulement de la carrière ... d'un juge, le statut prévoit l'intervention d'une **instance indépendante du pouvoir exécutif** et du pouvoir législatif » (article 1.3).

Il suit de ce qui précède que le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à une composition mixte de juges et de procureurs au sein du Conseil national de la Justice.

b. Impartialité / Egalité des armes

La Cour européenne des droits de l'homme a souligné, à d'itératives reprises, la nécessité de garantir **l'indépendance du juge** non seulement à l'égard de l'exécutif mais aussi **à l'égard des parties** (cf. not. CEDH, requête n° 7710/76, arrêt du 04.12.1979, Schiesser c/ Suisse, n° 31 ; requête n° 8805/79, arrêt du 22.05.1984, De Jong et autres / Pays-Bas, n° 47 ; requête n°24769/94, arrêt du 28.10.1998, Assenov et autres / Bulgarie, n° 146 ; requête n° 3394/03, arrêt du 10.07.2008, Medvedyev et autres / France, n° 124 ; requête n° 37104/06, arrêt du 23.11.2010, Moulin / France, n° 58) ainsi que la nécessité de **ne pas placer le ministère public dans une position privilégiée (« égalité des armes »)** de nature à compromettre l'impartialité des juges (cf. not. CEDH, requête n° 12005/86, arrêt du 30.10.1991, Borgers / Belgique, n° 25 et s ; requête n° 13616/88, arrêt du 22.09.1994, Hentrich / France, n° 56 ; requête n° 62543 /00, arrêt du 27.04.2004, Gorraiz Lizarraga / Espagne, n° 56).

Le souci de garantir une justice impartiale doit animer le juge à l'égard de toutes les parties, y compris à l'égard du ministère public : « la complémentarité des fonctions de juge et de procureur implique qu'ils soient chacun conscient qu'une justice impartiale exige **l'égalité des armes entre le ministère public et la défense** » (avis n° 12 (2009) du CCJE et 4 (2009) du CCPE, section 1, paragraphe 2).

L'inamovibilité n'est pas une garantie suffisante pour assurer l'indépendance des juges. La participation de membres du ministère public aux délibérations concernant la carrière des juges pose problème parce que le ministère public est à considérer comme partie aux litiges dont connaît le juge et que la carrière d'un juge pourrait être différente selon qu'il est perçu comme « proche ou distant » à l'égard du ministère public dans ses décisions de justice.

Il s'ensuit que la nécessité de garantir l'indépendance du juge à l'égard des parties s'oppose, pareillement, à une composition mixte de juges et de procureurs au sein du CNJ

2.3. Désignation ès-qualités des chefs de corps

Huit membres du CNJ seraient des chefs de corps désignés ès qualités. Ce choix est justifié par les considérations suivantes : « Etant en fin de carrière, les chefs de corps sont par nature personnellement désintéressés et ont donc la juste distance pour proposer les promotions de manière objective et sans arrière-pensées ... En revanche les personnes élues sont

les tributaires de leurs électeurs et peuvent avoir le sentiment d'avoir un mandat impératif (exposé des motifs, point 6.1.2.1, page 54).

Conformément aux vœux du CCJE et des auteurs de la Charte européenne sur le statut des juges, le GML a toujours plaidé pour que le CNJ soit composé de juges élus par leurs pairs, de manière démocratique, au scrutin secret, de façon à assurer une représentation équitable des différentes juridictions au sein du Conseil (cf. avis n° 10 (2007) sur le Conseil de la Justice au service de la société, n° 16 - 17 ; article 1.3 de la Charte européenne sur le statut des juges).

Plusieurs raisons militent en faveur de l'adoption de ce système :

- L'élection des conseillers magistrats par leurs pairs contribue à garantir l'indépendance des juges, contrairement au mode de désignation proposé dans l'avant-projet de loi.

Le CNJ tel que proposé serait une instance de nomination, de supervision et de contrôle de la magistrature composée majoritairement de chefs hiérarchiques. Il en résulterait une situation de dépendance des juges, pris individuellement, à l'égard des autorités hiérarchiques, difficilement compatible avec l'exigence d'indépendance de la justice.

Si la vocation première, originaire du principe d'indépendance de la justice est de constituer une protection du pouvoir judiciaire par rapport aux pouvoirs législatif et exécutif, il n'en demeure pas moins que, dans son acception contemporaine, l'indépendance du juge doit également

être garantie au sein même de l'appareil judiciaire. Plusieurs normes internationales font clairement apparaître cette nécessité.

L'indépendance du pouvoir judiciaire et de chaque juge pris individuellement doit être garantie non seulement par rapport aux autres pouvoirs de l'Etat, mais aussi, de manière générale, par rapport aux sources d'influences et de pressions externes et internes, « de la part de qui que ce soit et pour quelque raison que ce soit » (cf. Résolution n° 40/32 de l'Assemblée générale de l'ONU sur les principes relatifs à l'indépendance des juges, article 2 ; Recommandation n° R (94) 12 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur l'indépendance et le rôle des juges, principe I, 2d).

De manière plus explicite, le CCJE note, dans son avis n° 1 (2001) sur les normes relatives à l'indépendance et l'inamovibilité des juges qu' « un juge dans l'exercice de ses fonctions n'est l'employé de personne » (paragraphe 64) et relève « le risque potentiel que la hiérarchie judiciaire interne peut faire peser sur l'indépendance des juges » (paragraphe 66). Le CCJE rappelle, dans ce contexte, le principe I, (2)(d) de la Recommandation n° R (94) 12 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe selon lequel « les juges devraient être absolument libres de statuer impartialement sur les affaires dont ils sont saisis, selon leur intime conviction et leur propre interprétation des faits, et conformément aux règles de droit en vigueur » (n° 66) et souligne, un peu plus loin, que « **le pouvoir hiérarchique** confié dans de nombreux systèmes aux juridictions de degré supérieur **peut** dans la pratique **mettre en danger l'indépendance individuelle des juges** » (n° 68).

Aussi le CCJE retient-il, en conclusion, que chaque juge devrait jouir de « **l'indépendance** dans l'exercice de ses fonctions **nonobstant toute hiérarchie au sein des juridictions** » (conclusion n° 9).

Dans cet ordre d'idées, le CCJE va même jusqu'à affirmer que, dans le processus de sélection des membres juges du Conseil de la Justice, « **toute interférence des échelons supérieurs de la hiérarchie judiciaire devrait être évitée** » (avis n° 10 (2007) sur le Conseil de la Justice au service de la société, n° 34).

Dans le même sens, le Réseau européen des Conseils de la Justice (RECJ), organisme oeuvrant sous l'égide de l'Union européenne, considère dans son rapport 2010 sur la déontologie judiciaire que **l'indépendance du juge** doit être donnée non seulement à l'égard des pouvoirs législatif et exécutif et des parties (point 3, pages 4-5) mais aussi **à l'égard du pouvoir hiérarchique et des collègues** (point 1, pages 2-3) et qu'elle est incompatible avec « le désir de plaire ou la crainte de déplaire » auxdits pouvoirs et personnes (point 1, page 3).

A l'échelle mondiale, le code de déontologie judiciaire élaboré sous l'égide de l'ONU (principes de Bangalore), adopté par la Commission des droits de l'homme de l'ONU en vertu d'une résolution du 25 avril 2003, prévoit pareillement que **l'indépendance du juge** doit être garantie non seulement vis-à-vis des parties (article 1.2) et des pouvoirs législatif et exécutif (article 1.3) mais aussi **vis-à-vis des collègues magistrats** (article 1.4).

Contrairement au mode de désignation proposé dans l'avant-projet de loi, un système d'élection des conseillers magistrats par leurs pairs éviterait de créer cette situation de dépendance des juges à l'égard des chefs hiérarchiques.

- A la différence du système proposé dans l'avant-projet de loi, l'élection des conseillers magistrats est compatible avec une dispense totale, sinon partielle des tâches ordinaires, laquelle garantit une plus grande disponibilité des conseillers.
- A la différence du système proposé dans l'avant-projet de loi, l'élection du conseiller magistrat (laquelle suppose un acte de candidature) garantit une motivation suffisante du conseiller à s'acquitter des tâches résultant des missions confiées au CNJ.
- A la différence du système proposé dans l'avant-projet de loi, l'élection des conseillers magistrats est un gage de compétence en ce qui concerne les missions confiées au CNJ.
- A la différence du système proposé dans l'avant-projet de loi, l'élection des conseillers magistrats par leurs pairs leur confère une légitimité démocratique propice à une meilleure acceptation des décisions du CNJ.
- Il est, d'une certaine manière, quelque peu paradoxal de supposer ou du moins de sous-entendre, d'un côté, que la justice fonctionne mal et que les magistrats commettent des fautes disciplinaires

restées impunies (ce que le GML conteste formellement et énergiquement) et, de l'autre, de mettre en place un nouveau système destiné à y remédier, mais qui serait composé de ceux-là mêmes qui porteraient la responsabilité des défauts actuels.

2.4. Représentativité des conseillers magistrats

Tant la Charte européenne sur le statut des juges que les avis du CCJE relèvent l'importance d'assurer une représentation équitable des différentes juridictions au sein du Conseil.

Sous ce rapport, la composition prévue dans l'avant-projet paraît critiquable. Les justices de paix de Luxembourg, Diekirch et Esch-sur-Alzette, par exemple, totalisent un effectif de 33 juges, soit plus de 20 % des juges de l'ordre judiciaire. Ils accomplissent leurs tâches au sein d'une juridiction de proximité, d'une importance primordiale dans la vie sociale de notre pays, ne serait-ce qu'au regard des compétences exclusives de la justice de paix en matière de droit du travail, de saisie-arrêt spéciale et de baux d'immeubles à usage d'habitation ou commercial. Or, les justices de paix ne seraient absolument pas représentées au sein du Conseil alors que l'ordre administratif dont l'effectif représente à peu près la moitié de celui des justices de paix y serait représenté par deux membres et que le ministère public qui compte seulement une dizaine de magistrats de plus que les justices de paix y serait représenté, d'office et sans compter les représentants élus,

par deux voire trois personnes (du fait de l'alternance prévue à l'article 31, 7° de l'avant-projet de loi).

Le GML considère qu'un réajustement des modalités de représentation au sein du CNJ ne doit, en aucun cas, conduire à une réduction du nombre des membres magistrats.

II. Fonctionnement

Le chapitre 3 (articles 40 à 52) est consacré aux règles de fonctionnement du Conseil national de la Justice.

1. Présidence du Conseil

L'article 40 (1) prévoit qu'un membre extérieur à la magistrature doit exercer soit la fonction de président, soit la fonction de vice-président.

Il est malaisé de cerner le bienfait que pareille condition est censée générer. Le président et, en cas d'empêchement, le vice-président dirige le Conseil et le représente vers l'extérieur, conformément à l'article 40 (2).

Un non magistrat n'est pas qualifié pour s'acquitter de cette tâche de manière appropriée, compte tenu de la nature des attributions du Conseil national de la Justice.

2. Prerogatives du ministre de la Justice

Aux termes de l'article 45 « le Conseil national de la Justice se réunit lorsque le ministre de la Justice demande à être entendu par ses membres ».

D'après le commentaire de l'article 45 « le texte proposé vise à garantir une bonne collaboration et une étroite concertation entre le Conseil national de la Justice et le ministre de la Justice » (page 64).

Cette prérogative du ministre de la Justice suscite quelques interrogations quant au respect du principe de la séparation des pouvoirs que l'avant-projet de loi a précisément pour objectif déclaré de garantir. Il est permis d'y voir une ingérence de l'exécutif dans les travaux du Conseil. Il conviendrait, à tout le moins, de préciser à la suite de la disposition citée ci-dessus, que le droit d'être entendu n'implique, en aucune manière, le droit de participer aux travaux proprement dits du CNJ. En référence à un éminent auteur belge, le GML estime utile « de préciser que le ministre ne saurait participer, à cette occasion, à l'examen de questions particulières qui sont de la responsabilité du Conseil, mais qu'il peut, par contre, provoquer des réunions de travail, aux fins, par exemple, de tirer les conclusions de rapports que le Conseil lui aurait remis » (F. Delpérée in *Les Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, La documentation française, page 150).

3. Compétences limitées des conseillers avocats

L'article 47 dispose que les membres avocats ne participeront pas aux décisions en matière de nomination ou de discipline.

Le GML approuve pleinement cette restriction qui rencontre une de ses revendications (cf. GML, *Réflexions sur l'institution d'un Conseil de la Justice*, éd. Promoculture, page 90). Celle-ci permet de « prévenir une pression indue par des membres du barreau sur les magistrats », ainsi que le souligne le commentaire de l'article 45 (page 65).

4. Rémunération

L'article 52 concerne le montant de l'indemnité mensuelle allouée aux membres du Conseil. Elle s'élève à quarante (indemnité de base), soixante (vice-présidents et autres membres du bureau) ou 80 (président) points indiciaires. Il n'est pas exagéré d'affirmer que la rémunération proposée n'est pas à la mesure de l'importance du travail et du poids des responsabilités que comporte, en principe, l'exercice des attributions confiées au Conseil et qu'elle n'est pas de nature à motiver les conseillers, notamment ceux qui exercent une profession libérale ou qui sont issus du secteur privé, à faire preuve d'assiduité et à s'investir pleinement dans leurs tâches. Cette circonstance est de nature à nuire au bon fonctionnement du Conseil.

Il serait dès lors souhaitable de revoir lesdites indemnités à la hausse, sous peine de voir le bureau, prévu à l'article 41, prendre une place excessivement dominante au sein du Conseil et de voir les autres membres, particulièrement les personnalités extérieures n'y exercer qu'un rôle effacé. A tout le moins, les auteurs du texte proposé s'exposent-ils à la critique de poursuivre ce but.

5. Absence de dispense

Les membres du CNJ accompliront leur mission sans bénéficier d'une dispense d'aucune sorte.

Eu égard à l'ampleur de la tâche et aux poids des responsabilités du Conseil, le GML a toujours soutenu, dans l'optique d'une désignation des membres magistrats par élection, que ces derniers devraient bénéficier d'une dispense totale ou du moins partielle de leur activité ordinaire (cf. GML, op. cité, page 98). Le GML se rallie à la position du

CCJE, lequel considère qu'il est souhaitable de prévoir pareille dispense afin de garantir une disponibilité suffisante des membres du Conseil de la Justice et partant l'efficacité que l'on est en droit d'attendre de cette instance (cf. avis n° 10 (2007) sur le Conseil de la Justice au service de la société, n° 34). Il en est d'autant plus ainsi que le CNJ, tel que proposé, se verrait confier une grande variété de missions.

Il convient de noter que dans sa recommandation relative à l'institution d'un Conseil supérieur de la Justice, le médiateur du Grand-duché avait préconisé l'octroi d'un congé spécial aux magistrats membres du Conseil pendant la durée de leur mandat (cf. page 11)

III. Attributions

Le chapitre 2 (articles 2 à 30) est consacré aux attributions du Conseil national de la Justice.

1. Attributions non invasives

1.1. Ethique et déontologie (section 4)

- L'article 11 donne compétence au CNJ pour déterminer par voie de règlement « les règles d'éthique judiciaire et de déontologie de la magistrature ».

Un groupe de travail vient d'achever la rédaction d'un recueil des principes déontologiques après y avoir associé l'ensemble des

magistrats. Selon toute probabilité, le CNJ entérinera, le moment venu, ledit recueil, en vertu de l'article 11 de l'avant-projet de loi.

Dans la négative, l'adoption d'un nouveau recueil des principes déontologiques ne devra, en aucun cas, être décrétée d'autorité par le CNJ, sans une nouvelle consultation des magistrats et de leur association professionnelle, le GML, lequel devra être mis en mesure d'assumer son rôle légitime de défense des droits et des intérêts des magistrats (cf. Charte Européenne sur le statut des juges, art 1.7 - 1.8 ; résolution adoptée le 29 novembre 1985 sous le n° 40/32 par l'Assemblée générale de l'ONU concernant les principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature, article 9).

Il est rappelé que pour constituer un corps de règles validées par les magistrats, susceptibles d'être acceptées et intériorisées par ceux-là mêmes auxquels elles doivent s'appliquer, les normes déontologiques doivent être l'émanation du corps judiciaire, « un instrument d'autocontrôle du corps généré par lui-même » et « refléter des standards éthiques généralement admis » (cf. avis CCJE n° 3(2002) sur les principes et règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges, paragraphe 48).

- L'article 12 institue un droit de saisine du CNJ par le magistrat désireux d'être conseillé sur une question d'éthique ou de déontologie à laquelle il est confronté.

Il y a lieu de se féliciter de cette initiative. Souvent les recueils de déontologie sont conçus en des termes très généraux et la réponse à donner, dans un cas d'espèce, loin de couler de source. Il est partant heureux que l'article 12 charge le Conseil de se faire l'interprète des

normes énoncées par écrit dans des situations concrètes, sur demande d'un magistrat.

1.2. Promotion et protection de l'image de la justice (section 9)

Les articles 29 et 30 (section 9) donnent compétence au CNJ pour communiquer et prendre les mesures nécessaires en vue de promouvoir et de protéger l'image de la justice.

Lesdites dispositions répondent à une des principales revendications du GML qui les approuve dans leur principe.

Il n'en reste pas moins que les articles inscrits à la section 9 donnent lieu à certaines critiques et interrogations.

En premier lieu, la composition du CNJ, telle que conçue par les auteurs de l'avant-projet, ne remplit pas les conditions requises pour qu'elle puisse s'acquitter de sa mission de promotion et de protection de l'image de la justice dans de bonnes conditions. Le fait que le CNJ soit majoritairement composé de chefs hiérarchiques qui, de surcroît, émanent tant de la magistrature du siège que de la magistrature debout est contraire aux exigences que comporte l'indépendance des juges et des procureurs.

En second lieu, les libellés des articles 29 et 30 laissent planer une incertitude sur les conditions dans lesquelles le CNJ interviendra pour donner des informations sur une affaire en cours. L'article 29 inclut-il dans son champ d'application les affaires en cours ? Prévoit-il une simple faculté d'information laissée à l'appréciation du CNJ ou, au contraire, une obligation correspondant à un véritable droit à

l'information du public ? S'il s'agit d'une véritable obligation de communication, quelle en est la portée ?

Enfin, comme les articles 29 et 30 ne traitent que de l'image de la justice et non pas, de manière expresse, de l'image des magistrats pris individuellement, il y a lieu de se préoccuper du droit pour le magistrat mis en cause injustement par voie de presse d'obtenir de la part du CNJ une réponse appropriée à l'attaque ou à la contestation injustifiée dont il est l'objet.

Il importe de revenir sur la situation actuelle en matière de promotion et de protection de l'image de la justice et de mettre en évidence ses déficiences au regard des standards internationaux afin de mieux cerner l'opportunité d'une révision de la composition de l'autorité chargée de la promotion et de la protection de la justice et d'une formulation plus précise de ses attributions.

En l'état, le fonctionnement du « Service Communication et Presse de la Justice » relève, en général, de la **compétence des chefs de corps**, mais les réactions individuelles, par voie de presse, des magistrats attaqués ou contestés ne sont pas pour autant prohibées.

En matière pénale, le procureur général d'Etat ou le procureur d'Etat **peut** rendre publique des informations sur le déroulement d'une procédure (art. 8 (3) du C.I.C.).

La mission du « Service Communication et Presse de la Justice » consiste pour l'essentiel à donner des informations purement objectives et factuelles sur le fonctionnement de la justice.

Telle étaient les conclusions d'une réunion concernant le Service Communication et Presse de la Justice qui s'est tenue le 23 janvier 2012 entre les chefs de corps, à l'initiative du procureur général d'Etat.

Il ressort des débats menés à cette occasion (notamment des développements du président de la Cour administrative) que le fondement de la position arrêtée est à rechercher dans les règles générales en vigueur dans la fonction publique, aux motifs que l'article 1^{er} paragraphe 2, alinéa 1^{er} de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat inclut la magistrature dans son champ d'application, hormis les exceptions prévues par la Constitution, la loi sur l'organisation judiciaire et la loi portant organisation des juridictions de l'ordre administratif et que l'article 9 paragraphe 1^{er}, alinéa 2 du statut général oblige le fonctionnaire à se conformer aux ordres de ses supérieurs. En conséquence, le magistrat (tant du ministère public que du siège) devrait, en matière de communication, s'en remettre à la prudence de son chef de corps et respecter ses instructions.

Au cas où le chef de corps estimerait qu'il n'y a pas lieu de communiquer avec les médias, cette décision devrait être respectée en toutes circonstances (il a d'ailleurs été précisé par le procureur général d'Etat que la communication avec les médias devait constituer l'exception). En cas de différend persistant, seules deux issues seraient envisageables : la démission du chef ou la démission du subordonné. Tel serait l'inconvénient du statut de la fonction public que compenserait cependant le principe de la sécurité de l'emploi.

Aucune disposition ne régit, ni de près ni de loin, les relations des fonctionnaires ou des magistrats avec la presse. D'autre part, le statut

général des fonctionnaires de l'Etat fait obligation à l'Etat de protéger ses fonctionnaires (chapitre 10, art. 32 et s.).

Il est dès lors douteux que les relations de la fonction publique ou de la magistrature avec la presse aient pour seul repère l'autorité du supérieur hiérarchique.

Plus fondamentalement, le simple renvoi au statut général de la fonction publique et à l'autorité du chef ne se concilie guère avec deux impératifs essentiels : la transparence et l'indépendance de la justice.

Si l'exigence de transparence s'applique aussi bien à l'Administration qu'à la Justice, elle revêt un aspect tout à fait particulier en ce qui concerne cette dernière du fait du principe d'indépendance de la justice.

L'article 1^{er} de la loi de 1979 contient simplement une référence d'ordre général prévoyant l'application du statut de la fonction publique à la magistrature. Or, il est bien connu que le statut des magistrats contient des différences importantes avec celui des fonctionnaires. Ces différences sont liées notamment au principe d'indépendance de la justice. En application de ce principe, le juge prend ses décisions en toute indépendance y compris à l'égard de son supérieur hiérarchique qui - comme chacun sait - n'a pas à lui donner d'instruction en ce qui concerne la teneur de ses décisions. Il s'agit là d'une différence essentielle avec le fonctionnaire d'Etat qui, lui, doit s'en tenir aux instructions de son supérieur hiérarchique en ce qui concerne la teneur de ses décisions.

Lorsqu'un fonctionnaire voit sa décision critiquée dans la presse, c'est, d'une certaine manière, le supérieur hiérarchique qui en porte la responsabilité (en raison des instructions qu'il a données ou omis de donner). Ce dernier est, dès lors, indirectement visé à travers son

subordonné et il a partant vocation à décider de l'opportunité et de la teneur d'une réponse. En dernière instance, cette responsabilité revient, en quelque sorte, au ministre qui, lui, doit se justifier devant les représentants de la nation.

Il en va différemment du juge dont la décision est critiquée dans la presse car le supérieur hiérarchique du juge et, a fortiori, le ministre de « tutelle » ne portent pas la responsabilité de la décision prise, en toute indépendance, par le juge mis en cause.

Si le juge, auteur de la décision critiquée, se voit refuser le droit de répondre par son supérieur hiérarchique, on aboutit à la situation où le juge qui participe à l'exercice du pouvoir judiciaire (émanation de la souveraineté nationale) est mis dans l'impossibilité de se justifier et où le public est mis dans l'impossibilité de vérifier si le juge a fait un bon usage du pouvoir dont il l'a investi, contrairement à ce que le public est en mesure de faire lorsqu'un fonctionnaire public, non magistrat, est mis en cause.

Il s'y ajoute que cette situation place le juge dans une situation de quasi dépendance à l'égard de son supérieur hiérarchique et même, à certains égards, du ministère public lequel est soumis à l'autorité du ministre de la Justice.

Sous la pression du risque de ne pas pouvoir se justifier ou même de voir publier un communiqué désapprobateur, le juge ne sera-t-il pas tenté de rendre des décisions conformes aux attentes de son supérieur hiérarchique et (ou) du ministère public ?

En outre, l'affirmation de la compétence exclusive et du pouvoir souverain du chef hiérarchique implique un risque de traitement inégal

et arbitraire des situations en fonction des sentiments personnels du chef hiérarchique à l'égard du juge concerné.

Centrée sur les intérêts individuels du magistrat et, par trop, simplificatrice et réductrice dans son assimilation de la magistrature à la fonction publique, l'approche qui sous-tend la position des chefs de corps méconnaît le devoir d'information à l'égard du public des services de l'Etat en général et des autorités judiciaires, en particulier, autrement dit, leur devoir de transparence, d'une part (a) de même que le principe d'indépendance des juges, garant de l'impartialité des décisions de justice, d'autre part (b).

Aussi la solution proposée dans l'avant-projet de loi sous avis ne permet-elle de remédier aux défauts constatés que de manière très imparfaite.

a. La transparence de la justice

Dans une société démocratique, l'action des pouvoirs publics doit être transparente. A cet égard, le public dispose d'un véritable droit à l'information car il doit pouvoir contrôler que les pouvoirs publics s'acquittent de leurs missions conformément à la loi et aux attentes légitimes du public. Ce droit à l'information a pour corollaire un devoir d'information dans le chef des pouvoirs publics, la transmission des informations s'effectuant par l'intermédiaire des médias auxquels est attribué le rôle de « chiens de garde » de la démocratie.

Telles sont les exigences résultant de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, relatif à la liberté d'expression, au vu d'une jurisprudence abondante de la Cour européenne des droits de

l'homme. Ainsi que le rappelle un arrêt récent de la Grande Chambre (Axel Springer AG / Allemagne, 07.02.12, requête n° 39954/08) « La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique ... La Cour a par ailleurs souligné à de nombreuses reprises le rôle essentiel que joue la presse dans une société démocratique ... Il lui incombe de diffuser des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général. A sa fonction qui consiste à diffuser des informations et des idées sur de telles questions s'ajoute **le droit, pour le public, d'en recevoir**. S'il en allait autrement, la presse ne pourrait pas jouer son rôle indispensable de chien de garde » (§ 79 ; dans le même sens not. Grande Chambre, Bladet Tromso et Stensaas / Norvège, 20.05.99, requête n° 21980/93, §§ 59 et 62 ; Grande Chambre, Pedersen et Baadsgaard / Danemark, 17.02.04, requête n° 49017/99, § 71). Et la Cour de rappeler que l'article 10 §2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions dans le domaine des questions d'intérêt général au motif que dans une société démocratique les actions ou omissions des pouvoirs publics « doivent se trouver placées sous le **contrôle attentif** non seulement des pouvoirs législatif et judiciaire, mais aussi **des médias et de l'opinion publique** » (CEDH, Grande Chambre, Guja / Moldova, 12.02.1998, requête n° 14277/04, § 74).

Cette règle doit régir non seulement les relations entre l'Administration et le public (ibidem) mais aussi les relations entre la Justice et le public.

Dans une affaire Prager et Oberschlick / Autriche (arrêt du 26.04.1995, requête n° 15974/90, § 34), la CEDH, après avoir rappelé que « la presse joue un rôle éminent dans un Etat de droit » et qu' « il lui incombe de communiquer ... des informations sur les questions politiques ainsi que

sur les autres thèmes d'intérêt général », a précisé que « parmi eux figurent sans nul doute ceux qui concernent le fonctionnement de la justice, institution essentielle à toute société démocratique ». A cet égard la Cour de Strasbourg relève que « la presse représente l'un des moyens dont disposent les responsables politiques et l'opinion publique **pour s'assurer que les juges s'acquittent de leurs hautes responsabilités conformément au but constitutif de la mission qui leur a été confiée** »

Plusieurs arrêts postérieurs dont certains ont été rendus en Grande Chambre, abondent dans le même sens « cette tâche (i.e. de « chien de garde ») englobe la rédaction de comptes rendus et commentaires sur les **procédures judiciaires** ... En effet, on ne saurait penser que les questions dont connaissent les tribunaux ne puissent, auparavant ou en même temps, donner lieu à discussion ailleurs, que ce soit dans des revues spécialisées, la grande presse ou le public en général. A la fonction des médias consistant à communiquer de telles informations et idées s'ajoute **le droit, pour le public, d'en recevoir** » (cf. Axel Springer / Allemagne précité, § 80 ; v. ég. News Verlag GmbH/ Autriche, 11.01.00, requête n°31457/96, § 56 ; Campos Damaso / Portugal, 24.07.08, requête n°17107/05, § 31 ; Dupuis / France, 12.11.07, requête n° 1914/02, § 35).

Les affaires pénales, loin de constituer une exception à la règle énoncée ci-dessus, font l'objet d'une attention particulière du public qui est en droit de recevoir des informations à leur sujet.

« Le public a en principe un intérêt à être informé des procédures en matière pénale et à pouvoir s'informer à cet égard » (cf. not. Axel Springer / Allemagne, précité, § 96, News Verlag GmbH/ Autriche, précité, § 56 ; Campos Damaso / Portugal, précité, §32 ; Dupuis / France, précité, §37).

Si le respect de la vie privée et de la présomption d'innocence ou encore le souci d'efficacité de la justice engagent à faire preuve de circonspection et de modération dans l'expression, ces considérations ne sauraient, en aucun cas, faire obstacle au droit à l'information du public (cf. Axel Springer / Allemagne, précité, § 79-80 ; News Verlag GmbH/ Autriche, précité, § 55-56 ; Campos Damaso / Portugal, précité, § 30-31 ; Dupuis / France, précité, § 40-41).

L'inclusion des affaires pénales dans le droit à l'information du public a d'ailleurs été proclamée dans une recommandation R(03) 13 du Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales en ces termes : « Les médias ont le droit d'informer le public eu égard au **droit de ce dernier à recevoir des informations** », avant de souligner « l'importance des reportages réalisés par les médias sur les procédures pénales pour informer le public, rendre visible la fonction dissuasive du droit pénal et **permettre au public d'exercer un droit de regard sur le fonctionnement du système judiciaire pénal** ».

La Cour européenne des droits de l'homme a expressément approuvé ces considérations du Comité des Ministres et les a fait siennes dans le cadre de son interprétation de l'article 10 de la Convention « la Recommandation R(03) 13 rappelle, à juste titre, que les médias ont le droit d'informer le public eu égard à son droit de recevoir des informations et souligne l'importance des reportages réalisés sur les procédures pénales pour informer le public et permettre à celui-ci d'exercer son droit de regard sur le fonctionnement du système de justice pénale. En annexe à cette Recommandation figure d'ailleurs

notamment le droit du public à recevoir des informations sur les activités des autorités judiciaires ... à travers les médias » (v. not. arrêt Campos Damaso/ Portugal, précité, § 34).

Enfin, un aspect particulier de la transparence mérite d'être souligné. La dette de transparence et de communication dont la justice est redevable, comme corollaire du droit à l'information du public, peut se manifester également lorsque la presse s'en prend à des juges au travers de contestations ou attaques.

Il convient de ne pas perdre de vue que, dans de telles circonstances, il ne s'agit pas que de la réputation individuelle du ou des juge(s) critiqué(s) et, encore moins, de celle de son (leur) supérieur hiérarchique, mais bien au-delà, du préjudice actuel ou futur subi par la justice dans son ensemble, en termes de perte de confiance du public. Le besoin de communication se manifeste alors afin de rétablir la confiance du public dans les autorités judiciaires.

C'est ce que signifie la CEDH lorsqu'elle estime qu' «il convient de tenir compte de la mission particulière du pouvoir judiciaire dans la société. **Comme garant de la justice, valeur fondamentale dans un Etat de droit, son action a besoin de la confiance des citoyens pour prospérer. Aussi peut-il s'avérer nécessaire de protéger celle-ci contre des attaques destructrices dénuées de fondement sérieux, alors surtout que le devoir de réserve interdit aux magistrats visés de réagir** » (CEDH, Prager et Oberschlick / Autriche précité, § 34).

Dans son avis n° 3 (2002) sur les principes et règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges, le Conseil Consultatif

des Juges Européens évoque encore une deuxième raison d'être de l'exigence de transparence, à savoir le rôle « pédagogique » des juges : « Le droit du public à l'information est néanmoins un principe fondamental résultant de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Il implique que le juge réponde aux attentes légitimes des citoyens par des décisions clairement motivées. Le juge devrait également avoir la liberté de préparer un résumé ou un communiqué expliquant la substance ou précisant la signification de ses décisions pour le public. » (§ 40)

Le Réseau Européen des Conseils de la Justice (RECJ) relève, lui aussi, le rôle pédagogique du juge consistant à préciser la signification de la loi et des décisions de justice : « La réserve ne peut servir d'alibi au juge, s'il évite de s'exprimer sur les dossiers qu'il traite personnellement, il n'en est pas moins idéalement placé pour expliquer les règles légales et leur application. Le juge a un rôle pédagogique de soutien de la loi, aux côtés des autres institutions chargées de la même mission » (Rapport 2010 sur la déontologie judiciaire, p. 7).

Ce rôle pédagogique du juge qui est quelque peu méconnu dans notre pays, est évoqué par souci d'être complet et pour mettre en évidence que la justice est tenue, à l'égard du public, d'une véritable dette d'information qui ne relève pas du pouvoir d'appréciation des magistrats, que ce soient les magistrats concernés par une affaire suscitant l'intérêt du public ou les chefs de corps.

En résumé, on peut considérer que le besoin de transparence se manifeste sur deux plans, pour permettre à la justice de remplir son rôle pédagogique et pour préserver la confiance du public : « la compréhension des mécanismes judiciaires a incontestablement une vertu pédagogique et devrait permettre d'affirmer la confiance du public dans le fonctionnement des tribunaux » (CCJE, avis n° 7 (2005) sur justice et société, § 9).

Or, si les auteurs de l'avant-projet de loi envisagent le problème de l'information du public dans le cadre de l'article 29, ils ne le font que sur un plan étranger aux préoccupations qui animent les instances européennes citées ci-dessus. En effet, l'information du public n'y est envisagée qu'en vue d'améliorer le « niveau de connaissances du public en matière de fonctionnement de la justice » (commentaire de l'article 29, page 62) sur base du constat « parmi la population de grandes lacunes en matière de connaissance des institutions du Grand-Duché et plus particulièrement du fonctionnement de la justice » (exposé des motifs, point 5.5.2., page 53). Aussi l'information du public est elle censée, selon les auteurs de l'avant-projet, améliorer les connaissances d'ordre général du citoyen concernant la justice. C'est ainsi qu'ils considèrent que « cet objectif pourra être atteint notamment par l'organisation de campagnes d'information ou de conférences ainsi que par la mise en place de programmes dans les écoles » (exposé des motifs, point 5.5.2., page 53).

Il s'ensuit que le texte sous examen ignore, purement et simplement, le droit à l'information du public concernant une affaire déterminée et concernant la mise en cause d'un magistrat ou d'une juridiction par des attaques ou contestations.

b. L'indépendance des juges

Certes, la vocation première du principe d'indépendance des juges est de servir de protection contre toute ingérence des pouvoirs politiques et à cette fin certaines garanties statutaires (inamovibilité, interdictions et incompatibilités) sont indispensables. Il est tout aussi indispensable que les juges possèdent certaines qualités personnelles telles que le courage et la force de caractère pour que la justice fonctionne de manière réellement indépendante.

Cependant, il convient, par ailleurs, d'avoir égard à d'autres formes de pouvoir, d'autres sources de pressions susceptibles de compromettre un exercice indépendant de la justice. Non seulement dans l'intérêt des juges mais aussi dans l'intérêt général, il importe de prendre des mesures particulières, de mettre en place des dispositifs spécifiques afin de mettre les juges à l'abri de ces différentes sources de pression. « On a bien souvent observé – et il importe d'y insister – que l'indépendance et l'impartialité des juges résident plus dans leur caractère que dans les lois ... Il n'en reste pas moins que, contre les pressions, les menaces ou les tentations possibles, les institutions elles-mêmes peuvent et doivent favoriser et soutenir les vertus, essentielles pour le magistrat, d'indépendance, d'impartialité et d'intégrité : il ne s'agit pas seulement de l'intérêt des magistrats eux-mêmes, mais aussi de celui des plaideurs et de la bonne administration de la justice.

C'est pourquoi, en dehors de la garantie générale que constitue en soi, pour des magistrats, l'existence d'un statut professionnel d'ensemble qui précise leur condition, fixe leurs droits et obligations ... il est opportun

que le législateur élabore certaines institutions, édicte certaines mesures particulières et d'objet précis, dont la finalité est spécialement adaptée aux situations dans lesquelles, au cours de sa vie professionnelle, le magistrat peut être amené à se trouver, ainsi qu'aux périls auxquels - d'où qu'ils viennent - il peut être exposé » (H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, tome 1^{er}, éd. Sirey, 1961, n° 775). Ainsi que le Professeur Perrot l'exprime, de manière plus ramassée, dans un ouvrage ultérieur « Il est indispensable de tenir le juge de carrière à l'abri des menaces et des brimades, à l'abri aussi des sollicitations ou des faveurs qui pourraient fausser son impartialité et, en tout cas, sa sérénité » (*Institutions judiciaires*, Montchrestien, 2^e éd., n° 344).

Dans cette même optique, plusieurs instruments internationaux ont proclamé le principe d'indépendance des juges et lui ont donné la définition la plus large de façon à parer à toutes les sources potentielles de pressions (v. supra, point I, 2.3, pages 18-20).

Dans le contexte qui nous occupe, trois pouvoirs sont susceptibles d'exercer une pression indue sur le travail des juges : la presse (le « quatrième pouvoir »), la hiérarchie et le ministère public.

Le Conseil consultatif des juges européens a fort opportunément attiré l'attention sur la nécessité d'y prendre garde et d'y remédier.

Concernant les pressions indues des médias, il convient de considérer les avis ci-après :

Avis n° 3 (2002) sur les principes et règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges.

« Le risque est que le juge se laisse conditionner dans son activité par le journaliste ... C'est à ces conditions (i.e. conciliation appropriée de l'obligation de réserve et du droit à l'information) que le juge peut exercer librement sa mission, **sans craindre les pressions susceptibles d'être exercées par les médias**. Le CCJE a noté avec intérêt la pratique en vigueur dans certains pays consistant à confier à un juge responsable de la communication ou un porte-parole attaché au tribunal le soin de communiquer avec la presse sur les sujets intéressant le public » (§ 40).

Avis n° 12 (2009) sur les juges et les procureurs dans une société démocratique.

« **La couverture médiatique d'affaires en cours d'instruction ou de procès peut constituer une ingérence et exercer une influence et une pression néfaste sur les juges** » (§ 73).

Ayant déjà traité du problème posé en ce qui concerne la hiérarchie et le ministère public, nous nous limiterons à la citation d'un extrait éclairant d'un avis du CCJE concernant l'inadéquation d'une communication sur le travail des juges, aux mains du ministère public « **Les procureurs doivent s'abstenir, en public, de toute déclaration ou commentaire susceptible de donner à penser qu'ils font pression directe ou indirecte sur le tribunal** pour que celui-ci rende une certaine décision, ou qui pourrait compromettre le caractère équitable de la procédure » (Avis n° 12 (2009) sur les juges et les procureurs dans une société démocratique, paragraphe n° 41).

Tandis que la CEDH analyse la protection des magistrats contre les attaques ou contestations dont ils font l'objet en termes de droit du public à l'information, le CCJE envisage le problème dont il s'agit tantôt

sous l'angle du droit du public à l'information, tantôt sous l'angle du respect du principe de l'indépendance de la justice.

Il convient de noter que l'exposé des motifs et le commentaire des articles de l'avant-projet de loi sous avis omettent d'aborder le problème dont il s'agit tant au regard du droit à l'information du public qu'au regard du principe de l'indépendance judiciaire, pour n'en traiter qu'en termes de « protection de l'image » dans le cadre de l'article 30.

On conçoit aisément que les sources de pression dénoncées plus haut puissent agir de manière conjuguée. En publiant un communiqué d'une teneur déterminée, le ministère public ou l'autorité hiérarchique peuvent amener les médias et partant l'opinion publique à faire pression sur une juridiction dans un sens déterminé. De même, en omettant ou en refusant de répondre à des informations inexacts ou des publications fortement tendancieuses, le ministère public ou l'autorité hiérarchique peuvent inciter les médias et partant l'opinion publique à continuer de faire pression dans un sens déterminé.

Tel est précisément le danger auquel les juges luxembourgeois sont d'ores et déjà exposés. Aussi faudrait-il mettre en place d'urgence un nouveau système de communication.

Conformément à la proposition que le CCJE dégage tout naturellement des observations citées plus haut, il est souhaitable de confier « les relations avec les médias » (la communication) à une autorité indépendante. Cette autorité indépendante prendrait en charge la communication avec le public, sur base de lignes directrices générales arrêtées au préalable (afin de prévenir un traitement inégal) tout en

garantissant les juges de toute influence indue tant de la hiérarchie que du ministère public.

Si le Conseil national de la Justice peut constituer l'autorité en question, encore faudrait-il que sa composition soit conforme aux impératifs énoncés plus haut, ce qui est loin d'être le cas.

Les extraits d'avis reproduits ci-après viennent au soutien de cette proposition.

- En ce qui concerne l'attribution de la communication à une autorité indépendante

Avis n° 7 (2005) sur justice et société.

(Concernant les relations entre la presse et la justice) « Le CCJE recommande de mettre en place des mécanismes efficaces qui pourraient prendre la forme d'un organe indépendant » (§ 40).

« Lorsqu'un juge ou un tribunal est contesté ou attaqué par les médias, le devoir de réserve des juges impliqués leur interdit de réagir en utilisant les mêmes canaux. En revanche, **les tribunaux devant pouvoir rectifier les informations erronées diffusées dans la presse, le CCJE estime qu'il serait souhaitable que les pouvoirs judiciaires nationaux s'adjoignent les services de personnes ou d'un organe (par exemple le Conseil supérieur de la magistrature ou les associations de juges) qui soient prêts à réagir de manière rapide et efficace à de telles contestations ou attaques** » (§ 55 et recommandation C.13).

Avis n° 10 (2007) sur le Conseil de la Justice au service de la société.

« Le CCJE recommande que le **Conseil de la Justice** veille à ce que les tâches suivantes, exercées de préférence par le Conseil lui-même ...

soient accomplies de manière indépendante : ... **la protection de l'image des juges** (§ 42)

« **Le Conseil de la Justice devrait être habilité**, non seulement à faire valoir publiquement son point de vue, mais aussi à **faire toutes démarches utiles auprès du public**, des autorités publiques et, lorsque cela est nécessaire, des tribunaux **pour défendre la réputation de l'institution judiciaire et/ou de ses membres** » (§ 83)

« **Le Conseil de la Justice pourrait utilement être l'organe à même de jouer un rôle plus vaste dans la protection et la promotion de l'image de la justice**, ce rôle impliquant de trouver un équilibre entre, d'une part, les droits et libertés en conflit, les acteurs sociaux et politiques et les médias et, d'autre part, l'intérêt du public pour un fonctionnement indépendant et efficace du système judiciaire » (§ 84).

- En ce qui concerne l'élaboration de lignes directrices en matière de communication

Avis n° 7 (2005) sur justice et société.

« Le CCJE estime souhaitable que chaque profession (juges et journalistes) définisse des guides des bonnes pratiques pour l'organisation de ses rapports avec les représentants de l'autre profession et la relation des affaires judiciaires » (§ 39).

- En ce qui concerne, plus particulièrement, l'opportunité de prévoir deux voies de communication séparées, l'une pour les juges et l'autre pour le ministère public

Avis n° 12 (2009) sur juges et procureurs dans une société démocratique.

« **Juges et procureurs devraient rédiger un code des bonnes pratiques ou des lignes directrices régissant leurs relations respectives avec les médias** » (§ 11).

« Si les juges et les procureurs doivent être indépendants dans l'exercice de leurs fonctions, ils doivent apparaître ainsi également les uns vis-à-vis des autres » (§ 36).

« Les juges et les procureurs doivent respecter mutuellement le rôle spécifique de chacun dans le système judiciaire. Juges et procureurs doivent élaborer des **lignes directrices** ou un code de bonne conduite **pour chaque fonction** dans sa relation avec les médias. (§ 75)

Pour autant, il n'est guère indiqué de permettre au magistrat contesté ou attaqué de réagir, lui-même, par voie de presse. En effet, pareille réaction individuelle risque fort de manquer de sérénité voire même de toute l'objectivité souhaitable et d'être perçue comme peu crédible. D'autre part, c'est l'image de l'institution judiciaire dans son ensemble qui est susceptible d'être ternie.

Aussi le CCJE considère-t-il que « les juges s'expriment avant tout par la motivation de leurs décisions et ne devraient pas expliquer eux-mêmes celles-ci dans la presse ou, plus généralement, s'exprimer publiquement dans les médias sur les affaires dont ils ont la charge » (CCJE, avis n° 7 (2005) sur la justice et la société, § 34).

Dans le même sens, le RECJ estime que le juge doit s'abstenir « de formuler des commentaires sur ses décisions, même si celles-ci sont désapprouvées par les médias ou la doctrine, ou encore si elles sont réformées. Son mode d'expression est la motivation de ses décisions ... il

évite de s'exprimer sur les dossiers qu'il traite personnellement » (RECJ, rapport 2010 sur la déontologie judiciaire, p. 6-7).

Dans son ouvrage consacré au Conseil de la Justice, le GML plaidait pour l'introduction dans notre droit pénal des infractions prévues aux articles 434.16 et 434.25 du code pénal français relatives aux pressions indues sur le cours de la justice et aux atteintes au crédit de la justice par voie de presse (pages 48-50). Aucune suite favorable n'y a été réservée. Cette circonstance ainsi que l'interdiction déontologique faite au juge de réagir, de manière individuelle, aux attaques dont il fait l'objet rendent d'autant plus nécessaire une définition extensive de la mission de protection de l'image de la justice par l'autorité indépendante, tenant compte des intérêts légitimes qu'il s'agit de protéger à travers les infractions précitées.

Le CNJ (autrement composé !) ou une autre autorité indépendante devrait être tenue de réagir de manière appropriée pour protéger l'image de la justice, non seulement lorsque le discrédit est porté sur l'ensemble de la justice, mais aussi lorsque des magistrats pris individuellement sont soumis à des pressions indues ou subissent des atteintes à leur honneur ou à leur réputation par voie de presse.

Certes, l'article 30 sous examen dispose qu'« il appartient au Conseil national de la Justice de communiquer ... », termes indiquant un devoir et non pas une simple faculté. En revanche, l'article 30 ne mentionne que l'image de la justice et non pas celle de ses membres. Il est vrai que lorsqu'un ou plusieurs magistrats subissent une attaque ou contestation injustifiée, c'est l'image de la justice toute entière qui est atteinte, de manière indirecte. Il est vrai aussi que l'exposé des motifs cite les extraits de deux avis du CCJE mentionnant les attaques ou contestations visant

« un juge ou un tribunal » et la défense de « la réputation de l'institution judiciaire et/ou de ses membres » (avis n° 7 (2005) sur justice et société, § 55 et avis n° 10 (2007) sur le Conseil de la Justice au service de la société, § 83, v. supra). Cependant le passage consacré aux propositions du gouvernement (point 5.5.2, page 53) est muet sur ce point.

Dans ces conditions prêtant au doute, il est proposé de modifier l'article 30 en ajoutant une deuxième phrase libellée comme suit « Il en est de même en cas de diffusion d'informations inexactes ou portant atteinte à la réputation ou à l'indépendance d'un de ses membres ».

En conclusion des observations qui précèdent, il convient de retenir ce qui suit :

Ni les autorités hiérarchiques, ni le ministère public n'ont à juger de l'opportunité des informations à donner au public. La justice est tenue d'un véritable devoir d'information à l'égard du public. Ce devoir d'information ne concerne pas seulement les connaissances d'ordre général sur l'organisation et le fonctionnement de la justice, mais aussi l'action de la justice dans des affaires particulières y compris pénales, nonobstant le respect de la présomption d'innocence et de la vie privée ou le souci d'efficacité de la justice.

Les contestations ou attaques contre un ou plusieurs juges sont de nature à compromettre la confiance du public dans l'institution judiciaire. Celle-ci se doit, dès lors, de répondre à ces contestations ou attaques, de manière rapide et efficace, afin de protéger son image (sa réputation) et celle des juges visés et de préserver ainsi la confiance du public dans l'institution judiciaire.

Dans l'intérêt de l'indépendance des juges, les relations de la justice avec les médias devraient relever de la compétence d'une autorité indépendante et représentative, que ce soit le CNJ, sous réserve que sa composition soit conforme aux impératifs relevés plus haut, ou d'une autre autorité indépendante.

Des lignes directrices séparées devraient être établies pour les juges d'une part, les membres du ministère public, d'autre part.

En l'état, la composition de l'autorité chargée de la communication n'est pas de nature à respecter l'indépendance des juges et des procureurs, les uns vis-à-vis des autres et des juges à l'égard de leurs chefs hiérarchiques. D'autre part, le texte sous examen définit les attributions de l'autorité compétente de manière trop restrictive pour rencontrer les exigences des instances internationales en matière de droit à l'information du public et de respect de l'indépendance judiciaire.

La composition du CNJ telle qu'elle résulte de l'article 31, le libellé incertain des articles 29 et 30, les observations contenues dans l'exposé des motifs et le commentaire des articles favoriseront une continuation des pratiques actuelles avec ses insuffisances, au rebours des principes reconnus et du progrès voulu par le Conseil de l'Europe.

2. Attributions invasives

2.1. Discipline et plainte des justiciables

La section 7 (articles 24 et 25) est consacrée au traitement des doléances des justiciables.

La justification de cette innovation est des plus discutables.

Les auteurs du texte sous avis se basent sur un passage de la recommandation du 22 mars 2006 du médiateur dans laquelle ce dernier considère que « ce droit théoriquement garanti par les articles pertinents de la loi organique modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire doit pouvoir être organisé dans la pratique suivant une procédure claire et transparente » (exposé des motifs, point 5.2.1, page 49).

De quels articles s'agit-il ? Il est formellement contesté que l'un quelconque des articles de la loi sur l'organisation judiciaire confère un tel droit.

Le même exposé des motifs relève un peu plus bas, que « le ministre n'est pas l'autorité compétente pour traiter les réclamations des citoyens relatives au fonctionnement de la Justice » en raison des « principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance judiciaire ». Le motif énoncé laisse entendre que le ministre est réduit à ne donner aucune suite à la réclamation du citoyen étant donné qu'il lui est interdit d'intervenir dans le cours de la justice.

Cet argument est dépourvu de fondement puisque le CNJ ne sera pas davantage habilité à intervenir dans le cours de la justice (cf. article 23 et 24 (2) 2^e et 3^e) et que, de toute façon, le but de la plainte est tout autre.

Il s'agira soit de remédier au fonctionnement défectueux de tout un service soit de sanctionner une faute disciplinaire reprochée à un magistrat. Or, le ministre de la Justice est d'ores et déjà habilité à transmettre une telle plainte au procureur général d'Etat aux fins d'y réserver les suites appropriées, ce que le ministre de la Justice a d'ailleurs fait à d'itératives reprises.

L'article 24 dispose que « Toute personne peut présenter au CNJ ses doléances relatives au fonctionnement de la justice ».

Il est prévu de conférer au citoyen ce droit de saisine directe du CNJ, non seulement en vertu d'un texte de loi ordinaire, mais aussi en vertu d'un article de la Constitution.

Aux termes du futur article 97 (3) alinéa 2 de la Constitution « Il (le CNJ) reçoit et traite les doléances des justiciables relatives au fonctionnement de la Justice » (cf. exposé des motifs, point 3, page 38).

Cette initiative appelle de la part du GML les objections les plus vives.

Il est imprudent de consacrer le droit de saisine directe du CNJ dans la Constitution. Les restrictions prévues dans un texte de loi ordinaire, telles que celles d'ores et déjà prévues à l'article 24 de l'avant-projet, risquent, en effet, d'être écartées ultérieurement comme contraires à un droit constitutionnel du citoyen.

Les articles 24 et 25 concernent, en fait, deux cas d'ouverture : la faute disciplinaire du juge et le fonctionnement défectueux d'un service, ainsi que cela ressort tant de l'exposé des motifs (point 5.2.3, page 50) que du commentaire des articles (commentaire de l'article 25, page 61).

Il est dès lors malaisé de comprendre pour quel motif les auteurs du texte sous examen ne l'ont pas énoncé clairement à l'article 24.

Le fait de formuler le droit de saisine des personnes par l'emploi d'une expression aussi générale que « doléance relative au fonctionnement de la justice » ne fait que susciter la confusion et favoriser des plaintes vouées à l'échec, voire abusives.

Depuis plusieurs années, le GML élève régulièrement des critiques au sujet du droit disciplinaire des magistrats, notamment en ce qui concerne les définitions des fautes disciplinaires et des sanctions applicables.

L'article 155 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire dispose que constitue une faute disciplinaire « tout acte commis dans l'exercice ou hors de l'exercice des fonctions qui peut compromettre le caractère dont les magistrats sont revêtus, donner lieu à scandale, blesser les convenances et compromettre le service de la justice, ainsi que tout manquement aux devoirs de sa charge ». L'article 38 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif est d'une teneur identique.

Il est malaisé de concevoir définition plus imprécise. Aucun magistrat n'est en mesure de dire ce que signifient exactement ces termes. Autant renoncer à une définition de la faute disciplinaire.

Quant aux articles 156 de la loi modifiée de 1980 et 39 de la loi modifiée de 1996, ils énumèrent les différentes sanctions applicables qui vont du simple avertissement à la révocation en passant par l'amende et l'exclusion temporaire, sans qu'il soit précisé quelle sanction est applicable dans quel cas.

A d'itératives reprises, le GML a critiqué les articles cités ci-dessus et souligné la nécessité d'une réforme, surtout dans la perspective de l'introduction d'un droit de saisine du Conseil par le justiciable.

Force est de constater que l'article 13 de l'avant-projet de loi reprend, purement et simplement, la définition contenue respectivement à l'article 155 de la loi modifiée de 1980 et à l'article 38 de la loi modifiée de 1996, sauf que le mot « et » a été remplacé par le mot « ou » entre « blesser les convenances » et « compromettre le service de la justice » (cf. commentaire de l'article 13, page 59) d'une part, et qu'il ne change rien au régime actuel des sanctions applicables, d'autre part.

Ainsi qu'il a été relevé plus haut (v. supra, point II. 1.1), un groupe de travail composé des représentants des différentes juridictions et du GML vient de terminer l'élaboration d'un recueil des principes déontologiques. Il serait erroné de considérer (v. lettre circulaire du procureur général d'Etat du 6 octobre 2010) que ledit recueil ou un autre recueil dont la teneur serait imposée par règlement du CNJ, en vertu de l'article 11 du texte sous avis, puisse servir de référence dans le cadre de poursuites disciplinaires, en vue de la qualification des faits.

Un tel recueil constitue, en effet, un guide des normes de conduite ou énoncé des bonnes pratiques permettant au magistrat de s'orienter et de s'inspirer, au quotidien, dans sa vie professionnelle et, dans une certaine mesure, dans sa vie privée (cf. avis CCJE n° 3/2002 sur les règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges, n°48-49 ; avis n° 10/2007 sur le Conseil de la Justice au service de la société, n° 58-60) et non pas un catalogue des interdictions faites aux magistrats, sous peine de sanctions disciplinaires.

Aussi importe-t-il de présenter les principes déontologiques de manière positive, c'est-à-dire non pas comme ce que l'on ne doit pas faire, mais comme ce que l'on doit faire (cf. G. Canivet et J. Hurard, *La déontologie du magistrat*, éd. Dalloz, p. 160).

C'est également dans cette optique que s'inscrit la désignation, prévue à l'article 12 de l'avant-projet de loi, d'une personne ou instance pouvant être consultée par des magistrats confrontés à des problèmes éthiques et qui se ferait l'interprète des normes énoncées dans des situations concrètes (cf. avis CCJE n° 3 (2002) sur les règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges, n° 29 et 48).

Le GML ne peut que répéter qu'il importe de définir les manquements disciplinaires de manière précise, d'énoncer quelle sanction est applicable dans quel cas et de prévoir une gradation des sanctions avec une juste proportion entre la gravité de la sanction et la gravité de la faute. Il est renvoyé, à cet égard, notamment à l'avis n° 3 (2002) du CCJE sur les règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges, dans lequel les Etats-membres, à titre individuel, ont été invités (il y a plus de dix ans !) à adopter « une **définition légale des raisons précises** justifiant qu'une action disciplinaire soit engagée. Et le CCJE d'ajouter qu' « actuellement, les motifs des actions disciplinaires sont souvent énoncés dans des termes **d'une grande généralité** » (paragraphe n° 65 ; v. ég. Charte européenne sur le statut des juges, article 5.1, p. 7 – 8 et commentaire de l'article 5.1, p. 17).

De même, tant le CCJE que les auteurs de la Charte européenne recommandent aux législateurs des Etats-membres, dans un souci de clarté et de sécurité juridique, d'établir une gradation des violations en lui faisant correspondre une échelle des sanctions, les sanctions devant

être soumises au principe de proportionnalité (cf. avis n° 3 (2002) sur les règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges, paragraphes n° 53 et 74 ; Charte européenne sur le statut des juges, article 5.1, page 7 et commentaire de l'article 5.1, page 17).

Le GML n'a pas été davantage entendu en ce qui concerne la nécessité d'instituer une procédure de filtrage appropriée, de comminer une amende conséquente à l'encontre de l'auteur d'une plainte manifestement infondée et de prévoir des garanties suffisantes d'assistance pour le magistrat mis en cause.

Pour ce qui concerne la nécessité de prévoir un filtrage des plaintes approprié, il convient d'avoir conscience que la justice est, par essence, génératrice d'insatisfaction, ce qui favorise le dépôt de plaintes par vengeance ou intérêt.

Aussi le CCJE constate-t-il dans son avis n° 3 (2002) sur les règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges qu'un principe général veut que les juges soient absolument dégagés de toute responsabilité personnelle à l'égard de toute réclamation les visant directement et liée à l'exercice de leurs fonctions lorsqu'ils agissent de bonne foi (paragraphes n° 53, 55, 57, 75-77). Dans les pays où les justiciables disposent de la faculté de se plaindre d'une faute disciplinaire d'un magistrat, le CCJE considère qu'il faut, par méfiance à l'égard des « justiciables déçus » ou désireux de se défaire d'un juge ressenti comme contrariant, prévoir une procédure de filtrage des plaintes (n° 67), d'autant que « des poursuites vexatoires contre un juge qui n'est pas apprécié par le plaideur sont devenues courantes » (n° 54).

Conformément à l'article 5.3 de la Charte européenne sur le statut des juges, le GML estime que devrait être frappée d'irrecevabilité la plainte qui à la suite d'« un examen prudent et attentif » par l'organe de filtrage ne ferait pas « incontestablement apparaître un manquement (disciplinaire) ». Le commentaire de l'article 5.3 précise qu'« **il faut des garanties sérieuses contre les risques de dévoiement de la procédure de réclamation par des justiciables voulant faire pression sur la justice** » (commentaire de l'article 5.3, page 18).

Or, l'article 24 (2) de l'avant - projet de loi confie le soin de filtrer les plaintes à nul autre qu'au CNJ lui-même alors que le CNJ est, d'autre part, investi de la mission d'instruire la plainte, une fois que celle-ci est jugée recevable. De plus, à l'inverse de l'article 5.3 de la Charte, aux termes duquel seules les plaintes incontestablement fondées devraient passer l'étape du filtrage, l'article 24 (2), 5^e du texte sous avis dispose que devront être déclarées recevables les plaintes qui ne sont pas « manifestement infondées ».

En outre, compte tenu du fait que le CNJ serait composé majoritairement de chefs de corps de la magistrature du siège et du ministère public, d'une part, et de l'importante marge d'appréciation subjective qui entre dans le traitement des plaintes, d'autre part, les dispositions de la section 7 du texte sous avis font planer un risque de pressions indues de la hiérarchie ou du ministère public sur les juges et des juges sur les procureurs (voir supra, points I, 2.2 et 2.3).

A d'itératives reprises, le GML a insisté sur le danger considérable de dérapages multiples que présente le droit de saisine directe d'un organe de contrôle de la justice par le justiciable.

Ainsi que l'ont relevé d'illustres auteurs, il y a plus d'un demi-siècle déjà, il faut « protéger les juges des continuelles poursuites de la part des plaideurs mécontents ou vindicatifs. Incités par le dépit, ceux qui perdent leur procès seraient tout naturellement disposés à reprocher aux juges d'avoir commis des fautes dans ou à l'occasion de leur jugement : les juges n'auraient plus l'indépendance et la sécurité nécessaires, s'ils prononçaient leurs décisions sous la menace d'une poursuite ... le plus souvent vexatoire et non fondée (H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, tome 1^{er}, éd. Sirey, 1961, n ° 834). Ce problème se pose avec une acuité particulière pour les juges uniques, notamment le juge d'instruction, le juge des tutelles et le juge de la jeunesse. A son encontre, le justiciable pourrait être tenté d'agir non seulement par dépit, mais aussi dans le dessein de l'écartier du dossier.

L'article 24, paragraphe 3 précise que le dépôt d'une plainte ne peut « ni interrompre, ni suspendre le cours de cette procédure ». Dans le commentaire de l'article 24 (p. 61) on peut lire ce qui suit « le dépôt d'une doléance n'aura aucune incidence sur le cours de cette procédure » C'est là une grave erreur ! Il ne suffit pas de fulminer l'absence d'incidence sur la procédure pour qu'il en soit ainsi. Le justiciable ayant affaire à un juge incommode pourrait être tenté de s'en débarrasser par la saisine du CNJ sur base de l'article 24 du texte sous examen, en prétextant de l'un quelconque des manquements disciplinaires énoncés, en des termes, on ne peut plus vagues, à l'article 13 de l'avant-projet de loi. Il va de soi qu'en pareil cas l'auteur de la plainte s'empressera d'en informer son juge et que ce dernier sera alors contraint de se déporter. Nonobstant la prescription de l'article 24 (3), cette décision s'imposera au juge lequel veillera à son remplacement, par respect de ses devoirs

déontologiques. Dans le cas contraire, son impartialité apparente serait mise en doute.

De toute évidence, il faudra du temps au nouveau magistrat pour assimiler le dossier dont il s'agit, un temps variable en fonction du volume et de la complexité du dossier, mais qui pourra prendre jusqu'à plusieurs semaines, voire plusieurs mois. Il est probable que si le second magistrat déplaît également au justiciable, ce dernier usera de la même manoeuvre, et ainsi de suite, jusqu'à ce que l'auteur des plaintes à répétition ait affaire à un juge qui lui soit favorable.

Par conséquent, les dispositions inscrites à la section 7 sont susceptibles de générer des pertes de temps considérables et de favoriser un « *judicem shopping* », la mauvaise foi et l'opportunisme.

Il s'y ajoute que les décisions du CNJ pourront faire l'objet d'un recours devant le juge administratif et que, compte tenu du caractère administratif desdites décisions et de la propension fâcheuse du médiateur du Grand-Duché à s'immiscer dans les affaires de la justice, l'intervention de ce dernier dans le traitement des doléances concernant le fonctionnement de la justice est probable.

En conclusion, il est à prévoir que l'application des dispositions de la section 7 sera à l'origine d'une perte d'efficacité et de crédibilité de la justice, soit l'effet inverse de celui escompté par les auteurs de l'avant-projet de loi sous avis.

En dernier lieu, le GML tient à dénoncer le caractère unilatéral du système de contrôle projeté, comme si les comportements blâmables et lenteurs critiqués seraient imputables aux seuls magistrats.

Les magistrats tiennent à remarquer ce qui suit :

- Les remises d'affaires sont, en général, le fait des avocats et, fréquemment, celles-ci ne sont pas dues à un cas de force majeure. Il est douteux que les justiciables soient toujours bien informés sur la nature et la cause de la remise de leur affaire.
- Souvent, l'issue d'une affaire est due à une négligence voire une « insuffisance professionnelle » d'un avocat que les juges peuvent difficilement mettre en évidence dans leur jugement en des termes suffisamment clairs.
- Il arrive que la solution d'un litige soit injuste parce que la loi présente un défaut.

En vertu de la transparence voulue par les auteurs de l'avant-projet de loi, et dans un souci de parallélisme, il devrait être loisible aux magistrats de donner au justiciable, sur ces points, une information claire et adaptée à ses connaissances, par l'intermédiaire du CNJ ou d'un autre organe.

- Les outrages et incivilités à l'adresse des magistrats de la part des justiciables et même des avocats se multiplient et le sentiment que ces faits restent souvent sans conséquences appropriées se répand dans notre profession.

Lorsqu'un magistrat subit une telle atteinte à son honneur sans qu'il y soit réservé une suite appropriée, il devrait pouvoir en saisir le CNJ afin que cette autorité exerce son contrôle dans les mêmes conditions que celles prévues à l'article 25. Le CNJ devrait donc pouvoir demander tous renseignements et documents utiles non seulement au ministère public

mais aussi aux autorités compétentes de l'ordre des avocats et conclure sa mission par une recommandation à l'adresse de ces autorités.

L'article 24 ne prévoit pas, non plus, que l'auteur d'une plainte manifestement infondée sera passible d'une amende.

On est tenté de reprendre, dans ce contexte, les observations formulées par les Professeurs Solus et Perrot au sujet de l'amende encourue par l'auteur d'une requête en récusation abusive « l'amende dont est frappé ... le plaideur qui a suspecté à tort l'impartialité d'un magistrat est pleinement justifiée : elle tend à éviter que les justiciables fassent de la récusation un usage inconsidéré ou vexatoire, l'utilisent pour gagner du temps, et même pour faire obstacle à la marche de la justice: l'expérience a démontré que cette crainte n'est pas chimérique » (H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, n° 842).

Pour ces mêmes motifs, la commination d'une amende substantielle à charge de la personne qui mettrait injustement en cause un magistrat, sur base de l'article 24, se justifierait pleinement.

L'article 25 définit les prérogatives du conseiller-rapporteur dans le cadre de l'instruction. Cet article ne mentionne aucunement les droits du magistrat visé par la plainte.

Le droit pour le magistrat mis en cause de se faire assister par un conseil de son choix doit être consacré expressément, dès le début de la procédure, c'est-à-dire, dès le stade de l'instruction.

A cet égard, il importe de s'interroger sur la charge des frais générés par l'assistance du magistrat. Il va sans dire qu'on ne saurait exiger du magistrat qu'il assume la charge desdits frais.

Ceux-ci devraient être à charge de l'Etat, sauf la faculté pour l'Etat de se retourner contre le magistrat lorsque ce dernier fait l'objet d'une condamnation définitive pour faute disciplinaire.

L'article 25 n'envisage que deux solutions à la clôture de l'instruction. L'examen de la doléance fait ressortir soit une faute disciplinaire, soit le mauvais fonctionnement d'un service. Les suites consisteront, dès lors, soit dans une recommandation au service concerné, soit dans la saisine de la juridiction compétente en matière disciplinaire.

Les auteurs de l'avant-projet de loi ont omis d'envisager l'hypothèse où l'examen de la plainte ne ferait ressortir ni faute disciplinaire, ni mauvais fonctionnement du service mis en cause et celle où les éléments à charge seraient insuffisants de sorte qu'il y aurait lieu de classer la plainte ou de retenir un non-lieu à poursuivre.

De cette disposition, il y a lieu de rapprocher une autre disposition, tout aussi lacunaire voire tendancieuse, à savoir l'article 15 (2) de l'avant-projet, aux termes duquel « l'application des peines disciplinaires est faite sur réquisition du CNJ ». Ainsi libellé, l'article 15 (2) laisse entendre que la juridiction de jugement n'aurait pas d'autre choix que de tenir les faits pour établis et de prononcer une sanction.

Il appartient à la juridiction de jugement de statuer en toute indépendance sur les réquisitions du CNJ et de juger si les faits sont établis et méritent une sanction disciplinaire.

Le GML ne peut que regretter de ne pas avoir été davantage entendu en ce qui concerne l'attribution énoncée à la section 7, réitérer ses critiques et demander avec une insistance particulière aux auteurs du texte sous avis de revoir leur position.

Le GML donne à considérer que le texte en discussion, à supposer qu'il aboutisse, conduirait à une abondance de plaintes inconsidérées et abusives, à un risque d'arbitraire dans la qualification des faits, à une insécurité et une charge financière intolérables pour les magistrats et à une entrave considérable au bon fonctionnement de la justice.

2.2 Nomination et évaluation

L'article 5 dispose que désormais, lorsqu'il s'agira de pourvoir à un poste vacant, le CNJ prendra en considération les critères suivants: l'ancienneté de service des candidats, les qualités professionnelles et humaines, l'importance des efforts accomplis en matière de formation continue, et, dans les cas prévus à l'article 7, les résultats obtenus à l'évaluation. Bien que le commentaire de l'article 5 fasse état de quatre critères (cf. page 57), il s'agit en fait de cinq critères puisque les qualités professionnelles et les qualités humaines sont loin d'être identiques.

L'article 7 introduit une nouvelle procédure, dite d'évaluation, dans trois hypothèses : la promotion du grade M3 au grade M4, la nomination à un poste de chef de corps (en ce qui concerne la dénomination « chef de corps », il convient de noter que l'article 5 (2) de l'avant-projet considère comme tels le juge d'instruction directeur et le juge directeur du tribunal de la jeunesse et des tutelles dont les juridictions sont pourtant rattachées

au tribunal d'arrondissement et qui relèvent partant de l'autorité hiérarchique du président du tribunal d'arrondissement) et enfin l'insuffisance professionnelle supposée.

Aux termes de l'article 8, l'évaluation des qualités professionnelles et humaines est réalisée par une commission composée de cinq magistrats désignés par le CNJ.

Les auteurs de l'avant-projet de loi présentent l'introduction du système d'évaluation dans la magistrature comme une transposition de la réforme projetée dans l'ensemble de la fonction publique « les auteurs ... se sont inspirés du dispositif d'évaluation des fonctionnaires de l'Etat tel que proposé dans le cadre de la réforme de la Fonction publique, mais en l'adaptant aux spécificités de la magistrature » (exposé des motifs, point 4.3.2., page 45). Ils déclarent, en outre, limiter le champ d'application de l'évaluation à des promotions déterminées et des circonstances particulières « quant au champ d'application de l'évaluation, celle-ci interviendra à deux moments précis de la carrière, c'est-à-dire avant l'accès aux fonctions classées au grade M4 et aux postes de chef de corps ... (et, de manière exceptionnelle) sur demande du chef de corps estimant que les prestations du magistrat sont insuffisantes » (ibidem).

- Bien que l'avant-projet présente l'évaluation comme une exception, il convient de ne pas se méprendre sur la portée de l'innovation projetée.

Si le texte sous examen réserve le terme d'évaluation aux évaluations effectuées par la commission de cinq membres en vue d'une nomination à l'un des postes prévus à l'article 7, il s'agit en fait d'introduire

l'évaluation des candidats, de manière générale et sans exception, pour tous les postes à pourvoir, qu'ils figurent ou non sur la liste de l'article 7. Il résulte, en effet, implicitement mais nécessairement de l'article 5 que le CNJ devra examiner et évaluer les qualités professionnelles et humaines des candidats ainsi que les efforts accomplis par ces derniers en matière de formation continue « pour chaque poste vacant ». Il pourra, à cet effet, avoir « un entretien individuel avec un candidat ».

L'avant-projet de loi va donc, en réalité, bien au-delà de l'objectif déclaré de ses auteurs et du principe retenu dans l'accord signé le 15 juillet 2011 entre le ministre de la Fonction publique, ministre de la Justice, d'une part, et la CGFP, d'autre part. Aussi le Groupement des Magistrats élève-t-il les protestations les plus vives contre les dispositions de l'article 5, lesquelles sont contraires aux intentions déclarées des auteurs du texte sous avis et à l'engagement pris par le ministre de la Fonction publique, ministre de la Justice à l'égard de la CGFP et de ses organisations sectorielles.

- D'autre part, le caractère transparent, objectif et contradictoire de la procédure d'évaluation, au sens large, c'est-à-dire de l'évaluation effectuée en application de l'article 5 (1) est loin d'être garanti, contrairement aux affirmations contenues dans l'exposé des motifs (cf. point 4.3.2, page 45).

Le CNJ a la faculté de procéder à un entretien individuel avec un candidat. Autrement dit, l'évaluation des candidats à un poste peut être réalisée par le CNJ sans aucun entretien et il est tout aussi loisible au CNJ d'entendre un ou plusieurs candidats, mais de ne pas entendre l'ensemble des candidats.

Il est permis de s'interroger sur l'aptitude du CNJ à juger en pleine connaissance de cause des qualités professionnelles et surtout humaines des candidats sans aucun entretien préalable. Il en est d'autant plus ainsi que, compte tenu de la composition du CNJ prévue à l'article 31, il y a tout lieu de présumer que la grande majorité des conseillers ne connaîtra absolument pas la plupart des candidats à évaluer.

Il est également permis de mettre en doute les caractères transparent, objectif et contradictoire d'une évaluation dans le cadre de laquelle certains candidats seraient entendus et d'autres pas.

Concernant la procédure d'évaluation *stricto sensu*, telle que définie à l'article 7, il y a lieu de s'interroger sur les critères de désignation des membres de la commission d'évaluation.

Il sera malaisé d'éviter l'écueil suivant : soit les évaluateurs seront désignés en raison de leur connaissance approfondie de la matière en rapport avec le poste à pourvoir et de leur connaissance de la personne à évaluer et alors les évaluateurs seront soumis à une pression particulière sur un plan humain, soit les évaluateurs seront désignés de façon à ce qu'il n'existe pas de lien personnel entre les évaluateurs et l'évalué et alors les évaluateurs risqueront fort de ne pas avoir, de ce fait, compte tenu de la taille de notre organisation judiciaire, une connaissance suffisante de la matière en rapport avec le poste à pourvoir, et l'évaluation de ne pas présenter un niveau de compétence approprié.

Par ailleurs, plusieurs questions s'imposent concernant les moyens dont disposeront les candidats pour contester le déroulement de la procédure d'évaluation : Un candidat pourra-t-il récuser tel ou tel évaluateur ? De

quels moyens disposeront les candidats pour contester l'évaluation de la commission ? De quel recours disposeront les candidats refusés ?

En l'absence de précision dans le texte sous avis, il y a lieu de retenir qu'ils n'auront pas le droit de récuser un évaluateur, ni de discuter contradictoirement les conclusions des évaluateurs devant le CNJ, ni de demander une seconde évaluation (contre-expertise) par une commission autrement composée et que seul un recours en annulation leur sera ouvert, lequel ne donnera pas lieu à un réexamen de l'évaluation proprement dite.

Force est de constater que, là aussi, les caractères transparent, objectif et contradictoire de la procédure laissent à désirer.

- L'objectivité des critères d'évaluation est fortement sujette à caution.

Il est de notoriété que le système de l'évaluation et de l'autoévaluation permanente, sinon périodique, est une technique importée des Etats-Unis qui se propage rapidement non seulement dans le secteur privé mais aussi dans le secteur public.

Sa transposition dans la magistrature est fortement sujette à caution.

L'objectif originaire et essentiel de ce système est d'optimiser le profit. Aussi les critères d'évaluation sont-ils conçus dans cette perspective. Il s'agit de mettre en évidence l'aptitude de l'évalué à satisfaire et fidéliser la clientèle, à accroître la part de marché de son employeur, à réduire les frais ... bref des critères et préoccupations tout à fait légitimes dans le secteur privé et reposant sur des données quantifiables, mesurables et partant peu subjectives, mais qui ne sont pas transposables à la justice sauf à considérer que désormais le but de la justice sera de donner

satisfaction au « client » et de réduire, autant que possible, la dépense publique.

Le propos poursuivi à travers le présent commentaire n'est pas, pour autant, d'affirmer que le système d'évaluation n'a pas sa place en dehors du secteur privé et qu'il est impossible de baser l'évaluation dans le secteur public sur un critère objectif. En dehors de la magistrature, un critère objectif et légitime d'évaluation du fonctionnaire serait, par exemple, dans une certaine mesure, la conformité du travail effectué aux instructions reçues. D'autre part, un grand nombre d'administrations publiques déploient leurs activités dans des domaines à caractère hautement scientifique ou technique où la justesse du travail effectué peut, dès lors, être appréciée sur base de critères exclusivement sinon largement objectifs.

Cependant, les deux critères susmentionnés ne peuvent recevoir application aux juges dont il serait oiseux de relever l'indépendance (y compris vis-à-vis de la hiérarchie), d'une part, et qui effectuent un travail où la part d'interprétation subjective l'emporte fatalement sur la vérité scientifique absolue, d'autre part.

Sur quels autres critères serait-il alors raisonnable de baser le système d'évaluation des juges ?

Est-il raisonnable de supposer un lien de causalité direct entre les efforts entrepris en matière de formation continue et le niveau de compétence d'un magistrat ?

Il convient de ne pas s'abuser sur l'utilité des formations proposées. Celles-ci sont organisées en fonction des besoins des magistrats étrangers (français, allemands ou belges) et des réformes entreprises dans ces pays. Souvent, elles ne correspondent pas, de ce fait, aux besoins des

magistrats luxembourgeois et à notre législation sauf à permettre une application plus avisée de la loi étrangère.

D'une manière générale, les formations continues paraissent utiles dans des domaines où il s'agit de faire usage de certaines techniques sujettes à un progrès rapide ou d'intérioriser des méthodes destinées à mieux vendre un produit ou un service. Les formations continues proposées aux magistrats présentent une utilité incontestable en ce qu'elles permettent des échanges avec d'autres magistrats sur leurs expériences respectives ainsi que l'acquisition de connaissances dans des domaines non juridiques en rapport avec certaines fonctions dans la magistrature (criminologie, psychologie des enfants, comptabilité ...). Mais il demeure que, fondamentalement, la société attend du magistrat qu'il se tienne informé de l'évolution des lois et de la jurisprudence luxembourgeoises et qu'il suffit pour ce faire de consulter régulièrement les sources de documentation afférentes, ce qui présente le double avantage de faire l'économie d'un déplacement à l'étranger au frais du contribuable et des inconvénients liés au remplacement.

Quant à l'évaluation des qualités professionnelles et surtout des qualités humaines, il est incontestable qu'elle laisse la place à une marge d'appréciation subjective considérable.

Le caractère discutable de toute évaluation des qualités humaines se passe de commentaire. Quant à l'évaluation des qualités professionnelles, on ne relèvera ici que deux aspects particuliers du problème posé. Un premier risque consiste à attacher une importance excessive à la productivité du candidat à évaluer. Or, il faudrait éviter, ainsi que le met en évidence le CCJE, de « pousser les juges, pour des raisons d'efficacité, à favoriser la productivité au dépens du bon

accomplissement de leur rôle. Celui-ci consiste à parvenir à une décision mûrement réfléchie conformément à l'intérêt des justiciables » (CCJE avis n° 1 (2001) sur l'indépendance et l'inamovibilité des juges, n° 69). Un deuxième risque consiste dans une entrave *de facto* à l'indépendance du juge du fait de la pression de l'évaluation dès lors que le juge à évaluer ne prendrait plus sa décision en âme et conscience, mais en fonction de la représentation qu'il se fait des attentes de son évaluateur « Par la force des choses, l'avancement au choix implique la nécessité d'une notation ... et par conséquent un état de subordination qui, dans la magistrature, ne va pas sans problèmes. Il y a dans l'activité du juge une part irréductible qui n'appartient qu'à sa conscience et qui ne doit être faussée ni par la crainte d'une notation défavorable ni par l'espoir d'une promotion attendue » (Roger Perrot, *op. cité*, n° 352). Cet effet secondaire prévisible se heurte aussi, dans une certaine mesure, au principe de l'indépendance du juge vis-à-vis de sa hiérarchie. Il y a lieu de considérer, à cet égard, le problème de la dépendance induite du juge à l'égard de la hiérarchie et du ministère public (voir *supra*, points I, 2.2. et 2.3.) tant il est vrai que le chef hiérarchique du candidat voire le chef hiérarchique dont relève le poste à pourvoir et les autorités hiérarchiques du ministère public auront, de fait, un rôle primordial dans la procédure de nomination. Inversement, les magistrats du siège ne devraient pas intervenir dans les nominations aux postes du ministère public.

On notera à ce propos que d'ores et déjà les conditions du renouvellement du mandat du juge d'instruction posent problème, un rôle quasi déterminant revenant au ministère public quant à l'opportunité du renouvellement. L'avant-projet de loi sous examen ne prévoit aucun changement sur ce point.

Enfin, il importe de prévoir que la réforme proposée aboutirait à un dommage « collatéral » extrêmement préoccupant, consistant dans une détérioration profonde du climat de travail.

L'évaluation d'un collègue de travail comporte fondamentalement le dilemme suivant : soit l'évaluateur se montre sincère et rigoureux et il s'attirera inévitablement l'animosité de ses collègues, soit il se laisse guider par le souci de ne pas nuire à ses collègues et il se verra taxer de complaisance par le Conseil et en subira les conséquences dans sa propre évolution de carrière.

En résulteront des intrigues, fayotages et autres actes de vengeances peu compatibles avec la dignité dont les magistrats doivent être revêtus et préjudiciables à la productivité de la justice et aux recrutements futurs.

Le GML préconise le maintien de l'avancement sur base du rang d'ancienneté, sauf pour les nominations aux postes de chefs de corps.

Cette règle de principe ne serait pas en conflit avec les standards internationaux d'autant que la qualité du recrutement a été améliorée de façon notable par la loi du 7 juin 2012 sur les attachés de justice. Elle présente l'avantage considérable de reposer sur un critère absolument objectif et d'être hautement protectrice de l'indépendance des juges (cf. not. Charte européenne sur le statut des juges, commentaire de l'article 4.1, page 16). D'éminents auteurs l'ont approuvée « Si on établissait à la base un recrutement solide, on pourrait admettre sans inconvénient un avancement donné à l'ancienneté » (E. Glasson, A. Tissier et R. Morel, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure*, tome 1^{er}, éd. Sirey, n° 44).

Sous ce rapport, il y a lieu de relever une certaine contradiction dans le texte du commentaire des articles. Si le commentaire de l'article 4 retient que « l'ancienneté de service continue de jouer un rôle important dans le cadre des propositions de nomination. A qualité sensiblement égale entre deux magistrats briguant le même poste, la préférence sera accordée au magistrat le plus ancien en rang », le commentaire de l'article 5 affirme, au contraire, qu' « il n'y a aucune hiérarchie » entre les critères édictés à l'article 5 (cf. commentaire des articles 4 et 5, page 57).

Aux termes de l'article 6, 3° de l'avant-projet de loi : « Le Conseil national de la Justice peut proposer la nomination d'un candidat d'un ordre à une fonction relevant d'un autre ordre ».

Le GML se déclare opposé à la « mobilité professionnelle » voulue par les auteurs de l'avant-projet de loi. Il est renvoyé aux motifs développés supra, sous le point I, 2.1. Tout au plus, pourrait-on envisager pareille mobilité lorsque les candidats seront inscrits sur la liste de rang commune prévue à l'article 4 (4) du texte sous avis, « liste de rang de tous les candidats nommés à partir de l'entrée en vigueur de la loi du 7 juin 2012 ».

Enfin, le GML n'est pas opposé à l'introduction de la procédure d'évaluation et de la faculté de prendre des sanctions disciplinaires en cas d'insuffisance professionnelle manifeste, à cette réserve près que la définition proposée par le texte sous avis, dans le cadre des articles 7 et 9, devrait être revue.

L'insuffisance professionnelle manifeste doit s'entendre de l'inaction volontaire. Ce n'est que dans cette hypothèse qu'une sanction disciplinaire est appropriée.

A contrario faut-il en exclure l'inaction involontaire due à une maladie physique ou psychique. Il convient d'en exclure également l'« *incapacité professionnelle* » proprement dite que les auteurs du texte sous examen ont pourtant en vue puisqu'ils font, par deux fois, référence à cette expression comme équivalente à l'expression « insuffisance professionnelle » (cf. exposé des motifs, point 4.3.2, page 46 et commentaire de l'article 9, page 58).

Une sanction disciplinaire, à l'instar d'une sanction pénale, n'est juste qu'en présence d'une volonté capable et coupable. Il serait aussi injuste de sanctionner disciplinairement un incapable que de sanctionner pénalement un irresponsable. En pareille hypothèse, seule la sanction disciplinaire des personnes ayant recruté l'incapable ne serait pas dépourvue de sens et de justice.

Le GML ne voit d'ailleurs pas à quelles situations concrètes les auteurs du texte sous examen ont songé et soulève la question de savoir si le but secrètement poursuivi ne consiste pas à amener les juges à se conformer aux lignes directrices du plan pluriannuel prévu à l'article 22 (section 6 « Administration de la justice »), sous peine de poursuites disciplinaires pour « insuffisance » ou « incapacité » professionnelle et à introduire ainsi dans la magistrature une sorte de procédure de licenciement présentant d'importantes similitudes avec celle ayant cours dans le secteur privé (v. en ce sens la précision selon laquelle la procédure d'évaluation pour insuffisance professionnelle sera initiée « sur demande

du chef de corps estimant que les prestations du magistrat sont insuffisantes » (exposé des motifs, point 4.3.2., page 45).

Seules l'inaction coupable, la légèreté blâmable ou l'incurie d'un magistrat devraient donner lieu à une sanction disciplinaire.

Pour le comité du G.M.L.

Alain THORN, président