

Communication du Professeur Francis WODIE

Ancien Président du Conseil Constitutionnel de Côte d'Ivoire

A la recherche de l'Etat de droit, et s'interrogeant sur les rapports entre l'Etat de droit et l'Etat démocratique, les initiateurs du 31^{ème} congrès de la Conférence internationale des barreaux de tradition juridique commune en sont arrivés à se demander si l'Etat de Droit n'est pas synonyme d'Etat démocratique.

Les auteurs ayant laissé la question ouverte, nous nous garderons d'y répondre, tout en nous demandant si le pouvoir Démocratique et l'Etat qu'il informe ont jamais existé ! et à quels signes les reconnaissons nous ?

L'Etat, personne morale, n'existe que doté d'organes chargés d'en exprimer la volonté et d'agir pour son compte.

Le juge est l'un des organes de l'Etat, tenant son pouvoir de la loi au sens du Droit en général.

La loi est un acte juridique imputable à l'Etat mais n'émanant pas du juge ; ainsi s'annonce le désaccord, possible, ce conflit éventuel entre le législateur et le juge, entre la loi et le jugement au sens général d'acte juridictionnel.

Le juge nous renvoie, tautologiquement, à la fonction juridictionnelle, tout comme la loi à la fonction législative, deux fonctions, deux autorités, deux pouvoirs(?) qui interrogent sur la nature du régime politique et sur la question de la séparation ou de l'unité, de l'égalité ou de la hiérarchie des pouvoirs au sein de l'Etat ?

Faut – il dans l'Etat un pouvoir, deux ou trois pouvoirs, égaux et indépendants, interdépendants et hiérarchisés, et quelles conséquences logiques en découleraient ; Montesquieu et Rousseau n'en n'ont pas la même conception non plus que la même compréhension.

Aujourd'hui, tous les Etats se donnent comme des Etats de droit, Etats démocratiques, tous, gouvernants et gouvernés, soumis au droit, en étant désormais des sujets de droit (sujets du droit) et non plus des sujets du Roi.

L'Etat de droit, on le sait, je me permets de le rappeler, est l'Etat qui, reposant (fondé) sur le droit, fonctionne conformément au droit, à la loi en son acception générale.

La loi est celle de l'Etat tout comme le juge est celui de l'Etat, tout motif de désaccord devant cesser d'exister entre les pouvoirs constitués.

Or, affirme-t-on, au commencement ou à l'origine du droit, il ya le litige et l'action judiciaire, suggérant ainsi la priorité ou la primauté, historique et même logique, du juge appelé à arbitrer ces conflits et à départager.

Mais comment départager (le juge), si n'existent, déjà, les règles du partage (le législateur).

Dès qu'il y a deux, le titulaire du droit (celui qui détient le droit) et le débiteur de l'obligation (celui sur qui pèse l'obligation), et réciproquement, il faut un tiers, le tiers-arbitre ou le juge pour régler, trancher et réguler. Faut-il ériger cette fonction en autorité ou en pouvoir ? Sur cette question l'unanimité ne s'est pas immédiatement dégagée et elle n'est guère unanimement établie.

Pour certains, la fonction juridictionnelle, fonction essentielle et irremplaçable, ne peut exister et s'exprimer qu'en tant que pouvoir autonome ou indépendant ; pour d'autres, elle ne peut donner lieu à aucun pouvoir, à fortiori indépendant, ni matériellement ni organiquement.

Le pouvoir juridictionnel ou pouvoir judiciaire, le juge, est indépendant ou il n'est pas. Et nous voilà en présence de trois pouvoirs aux origines différentes : d'un côté le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, pouvoirs élus, représentés respectivement par le Président de la République et par l'Assemblée Nationale dans nombre d'Etats ; de l'autre côté un pouvoir non élu, le pouvoir juridictionnel ou le juge.

Ainsi, deux pouvoirs élus en face d'un pouvoir qui ne l'est pas ; comment, dans ces conditions, établir et préserver l'indépendance et l'égalité entre ces trois pouvoirs ?

L'origine non électorale du pouvoir juridictionnel (pouvoir judiciaire) semble faire échec à cette égalité entre les trois pouvoirs.

Mais comment le pouvoir juridictionnel peut-il remplir son office, correctement et efficacement, s'il n'était l'égal et indépendant des deux autres pouvoirs entre lesquels il sera appelé à arbitrer ? le cercle reste fermé. Ajoutant à ces incertitudes et ambiguïtés certaines constitutions établissant l'indépendance du pouvoir juridictionnel confient, fort contradictoirement, au Président de la République, pouvoir exécutif, le soin de garantir l'indépendance du pouvoir juridictionnel.

L'indépendance du pouvoir juridictionnel lui vient de sa mission et non de son origine ; il n'est de pouvoir juridictionnel qui ne soit indépendant. L'indépendance et l'impartialité du juge sont inséparables de l'exercice de la fonction juridictionnelle.

Dans un Etat de droit ou voulu comme tel, existe à la charge de tous une obligation générale, celle d'obéir à la loi qui est l'autre trait ou le corollaire de l'égalité de tous devant la loi.

Or, nous savons que tous n'obéissent pas et que tous n'obéiront pas à la loi. Il s'en trouve même pour tirer fierté de la désobéissance à la loi, de la fraude à la loi.

Si une telle situation devait persévérer, sans conséquence aucune pour ses auteurs, nous serions en présence de deux catégories de citoyens, de justiciables : les uns obéissant à la loi, les autres désobéissant à la loi ; le principe de l'égalité s'en trouverait rompu entre les sujets de droit. Or, il importe que les citoyens soient toujours égaux devant la loi ; d'où la nécessité du pouvoir juridictionnel, habilité à prononcer les sanctions par lesquelles nous serons ramenés, tous, en particulier les récalcitrants, au respect de la loi. Le juge affirme ainsi sa nécessité, puisqu'aussi bien nul ne peut (ne doit) se rendre justice lui-même.

Le juge doit être indépendant et impartial ; il doit, non seulement l'être, mais aussi se donner à voir comme tel aux justiciables qui, de cette manière, pourront se libérer de l'image, véhiculée à tort ou à raison, du juge aux ordres, du juge politique ou du juge corrompu.

Les menaces contre l'indépendance du juge peuvent venir des autres pouvoirs ; elles peuvent également venir de l'intérieur, du juge lui-même. Il suit que les pouvoirs, quels qu'ils soient, doivent vivre concrètement leur statut.

L'indépendance est inscrite dans les textes. Si elle n'est pas ainsi reçue et vécue par le juge, le juge ne sera jamais indépendant, et sa mission s'en trouverait compromise.

Il revient au juge de dire si la loi a été ou non ou violée, de constater l'illicéité et d'assurer le redressement du manquement au droit, en ramenant tous et chacun au respect du droit, en rétablissant l'équilibre et l'égalité rompues entre les sujets de droit, en restituant à l'ordre juridique, ainsi troublé, son intégrité originaire (*restitutio in integrum*) , en prononçant les sanctions appropriées, ces sanction qui ont été données, à tort , par certains comme le critérium du droit .

N'ayant pu faire en sorte que le droit n'ait pas été violé, on fait comme s'il n'avait pas été violé, en effaçant ou en réparant, autant que possible, les conséquences dommageables du manquement au droit, par exemple, par le jeu de la responsabilité qui est un succédané de la *restitutio in integrum*.

Le juge, habituellement et comme par principe, est le juge de l'application de la loi ; ce qui suppose déjà existante la loi qui s'applique.

Or, dans ce microcosme des juridictions surgit un juge particulier, le juge constitutionnel, qui a une mission particulière par les compétences qu'il est habilité à exercer. J'en retiens deux :

- 1- le contrôle de constitutionnalité des lois: par ce contrôle, le juge est appelé à confronter la loi, émanant du pouvoir législatif, à la constitution, pour savoir si la loi a été régulièrement édictée, c'est-à-dire si elle l'a été dans le respect des dispositions de la constitution ; que l'inconstitutionnalité de la loi soit établie, et cette loi ne sera ni promulguée ni appliquée, selon certaines constitutions, confondant ainsi les deux moments de l'itinéraire du droit, la validité ou

l'élaboration de la loi et l'application ou l'effectivité de la loi ; la sanction en l'espèce devant être l'annulation de la loi entachée d'inconstitutionnalité ; le juge, par cette voie, se trouve hissé à un niveau qui n'est pas le sien, et comme subrepticement, selon certains, le juge se situant quasiment à la hauteur du législateur, puisqu'il participe, de quelque manière, à l'exercice du pouvoir législatif, alors que le juge ne doit (ne devrait) jamais être que celui de l'application de la loi.

Mais comment garantir la suprématie de la constitution sans un tel contrôle de constitutionnalité !

- 2- l'autre attribution du juge constitutionnel : le contrôle des élections nationales, élections politiques que sont les élections législatives et surtout l'élection présidentielle, élection qui s'offre en Afrique comme une élection magique autant que tragique : dire si le président de la république, si le candidat a été régulièrement élu, confirmer ou infirmer l'élection présidentielle dans ce contexte de pouvoir personnel hypertrophié.

Juge, qui es tu ? D'où tires-tu ta légitimité pour avoir tant de pouvoirs, tout ce pouvoir ?

Et comment sauras-tu en user avec l'intelligence et la sagesse qui conviennent ?
Et qui contrôlera ce juge, un tel juge ? On ne peut remonter indéfiniment la chaîne des contrôles pas plus que celle des causalités.

Mais le juge agissant ainsi, dans ce domaine, reste-t-il dans son champ, celui du droit ? Ou alors n'avons – nous pas déjà échoué sur les rivages inhospitaliers du politique ?

Au total, le juge exerce une triple mission ou fonction :

- La première mission ou fonction est celle de dire le droit ; rappelons que le juge est celui de la loi, tenant son pouvoir de la loi dont il n'est ni l'auteur ni le maître ; le juge tient pour acquise la loi qu'il se borne à appliquer et dont il ne peut discuter la régularité. Le juge, saisi, va se livrer à trois séries d'opérations successives et cumulatives :
 - i. D'abord établir les faits, la matérialité des faits autant que l'exactitude matérielle des faits selon les voies du droit, le fait selon le droit ne devant pas s'écarter du fait selon la réalité ; or le décalage, en tout cas le risque de décalage, est là qui peut conduire, par exemple en matière pénale, à désigner un autre que l'auteur de l'infraction ou du fait incriminé (erreur judiciaire)
 - ii. Qualifier les faits, en subsumant le fait particulier sous une règle générale, en désignant la loi applicable en l'espèce ; c'est mettre en rapport le particulier(le cas concret) et le général(la loi abstraite) pour savoir si cette loi a été ou non violée pour pouvoir constater l'illicéité et

en tirer les conséquences ; car, du fait matériel on ne peut tirer directement aucune conséquence juridique ; c'est le fait juridiquement qualifié, se rapportant tant à l'élaboration qu'à l'application de la loi qui produit des effets juridiques ; la qualification renvoyant à la dimension axiologique du droit, c'est-à-dire aux valeurs, idées ou idéologies, aux croyances qui animent la société et informent le droit. Le juge doit, en toutes circonstances, appliquer la loi ou le droit, en respectant les prescriptions ; somme toute dire la vérité du droit.

Ainsi le juge puise son pouvoir dans la loi et son pouvoir s'épuise dans la loi.

iii. Appliquant la loi ainsi retenue, le juge est amené à l'interpréter pour lui donner ou lui restituer son sens, surtout en cas d'obscurité ou d'ambiguïté de la loi, en rapport avec ce phénomène de polysémie.

Somme toute le juge doit dire la vérité du droit.

- La deuxième mission, le juge doit rendre la justice et il doit rendre justice, en reconnaissant à chacun le sien, le mien et le tien, ce qui nous revient à nous tous (suum cuique tribuere).

Mais qu'est-ce que la justice ? Moi je ne le sais ; la justice, c'est peut-être la légalité. Le droit est ce qui est juste au sens de ce qui est droit (jus quod justum est). Si la justice est la légalité, la justice c'est également l'égalité.

Alors, sur la base de cette égalité, faudra-t-il donner les mêmes choses, les mêmes droits aux hommes et aux femmes qui n'ont pas les mêmes besoins, les mêmes qualités et les mêmes mérites et qui ne sont pas dans la même situation ?

Le principe de l'inégalité compensatrice fournit une réponse partielle et provisoire.

Faudra-t-il, en sens inverse, exiger les mêmes choses, les mêmes devoirs des hommes et des femmes qui n'ont pas les mêmes capacités et les mêmes ressources ? La balance sera-t-elle jamais égale ? On peut se poser la question à l'infini, et le philosophe dira « il n'y a pas de justice » (Alain) ! discussion de philosophe, étrangère au juriste !

Pour le juriste, le droit est juste ; et le juriste surtout le juge n'a pas à s'interroger sur la justesse du droit. On lui demande, le juge, d'appliquer la loi, en s'interdisant d'apprécier la loi, de porter aucun jugement de valeur sur la loi.

Mais pour être juge, pour être un juge, je n'en reste pas moins un homme, un citoyen doué de conscience et jouissant de mon libre-arbitre.

Et quand la justice du droit se détache de ma propre justice, quand je ressens, vigoureusement, la loi comme injuste, et que le trouble à ma conscience devient incoercible, que dois-je faire ? Si je reste juge, le juge que je dois être, j'applique cette loi, même injuste ; pour retrouver ma liberté de conscience, ma liberté de citoyen, je peux, je dois démissionner pour m'accorder avec moi-même, et ne pas me cacher derrière la fonction pour faire valoir et prévaloir des idées et intérêts personnels. Le juge doit être intègre et sincère comme il doit être indépendant et impartial ; le juge doit être honnête avec lui-même et avec les justiciables, comme doivent l'être tous les organes constitués au sein de l'Etat pour que la justice, comme le droit dans son ensemble, soit et reste égale pour tous !

Qu'il est long ce chemin à parcourir !

En cela on a pu dire que la justice (le juge) est aveugle ; doit-elle l'être ?

- Et enfin, la troisième mission, c'est une mission de paix, d'ordre et de sécurité ; c'est d'ailleurs cette fonction que s'assigne le droit, donné comme étant la fonction irénogène du droit.

Parvenu à ce stade, le juge doit cesser d'être aveugle, à supposé qu'il l'ait jamais été, en ayant les yeux et les oreilles ouverts pour écouter les dires, les cris, les murmures et même les silences de la société, en étant attentif aux pulsations du cœur de la société, aux convulsions qui peuvent l'agiter, par ce que telle décision peut conduire à la paix, la préserver ou la consolider, telle autre peut entraîner la violence ou des troubles.

Cette exigence, donnée comme étant une mission de paix, est inhérente à toute fonction juridictionnelle, formulée ou non, implicite ou sous-jacente, devant constamment imprégner le champ et tout le processus judiciaire.

Alors ! Au lieu d'avoir pour symbole le glaive et la balance, plus le glaive que la balance, la justice pourrait en avoir un autre, que nous découvrons dans l'histoire comme ayant été l'aiguille ; l'aiguille peut piquer ou nous piquer ; mais ce n'est pas là, nous en conviendrons, la fonction de l'aiguille, encore que de nous piquer peut aider à réveiller nos consciences trop facilement ou rapidement assoupies ou endormies. L'aiguille, symbole de la justice, devant servir à raccommoder le tissu social au sens propre et figuré ;

Raccommoder le tissu social lorsqu'il se déchire ou s'effiloche ; mais raccommoder également au sens figuré de concilier ou de réconcilier ; le verbe étant tantôt transitif, se conjuguant avec un complément d'objet direct (raccommoder les hommes), tantôt pronominal (se raccommoder), faisant de nous, tour à tour, des sujets et objets de réconciliation et de partage.

Mesdames et Messieurs ! Rien de ce que j'achève d'énoncer ne l'a été sur le mode affirmatif ; seuls les ignorants affirment.

Le champ restant ouvert, la quête étant permanente, méditons l'adage « heureux les affamés de justice qui ne seront jamais rassasiés. ».