

**CONFÉRENCE ANNUELLE DU RADC 2012
UNIVERSITÉ DE LAGOS, NIGÉRIA**

Thème: «Entretenir l'indépendance et la responsabilité du pouvoir judiciaire dans les États africains».

Sous-thématique: «L'indépendance du pouvoir judiciaire dans les démocraties émergentes»

**COMMENT TIRER PROFIT D'UNE RÉFORME
CONSTITUTIONNELLE POUR CONSOLIDER
L'INDÉPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE:
L'EXEMPLE DU MOZAMBIQUE**

Par

GILLES CISTAC

**Professeur à la Faculté de Droit
de l'Université Eduardo Mondlane
Mozambique**

gilles.cistac@uem.mz

Résumé

Au début de l'année 2010, le Mozambique a engagé une réforme constitutionnelle qui devrait être approuvée par le Parlement dans le courant de l'année 2013. Les raisons invoquées à l'origine étaient d'actualiser certaines de ses dispositions. En fait, la raison fondamentale était d'attribuer un troisième mandat au Président sortant que la Constitution en vigueur limite à deux. Toutefois, la proposition n'a pas séduit l'immense majorité des citoyens mozambicains et la proposition initiale a été abandonnée. Néanmoins, le processus de révision constitutionnel n'a pas été délaissé pour autant. Ce qui distingue cette réforme constitutionnelle des précédentes c'est que dès le début de ce processus la société civile et les universitaires se sont mobilisés pour organiser des débats sur ce que devait être la prochaine Constitution du pays. Les thèmes développés dans les divers forums ont tourné autour du changement du système de gouvernement et du système électoral, la consolidation de l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des droits fondamentaux. En particulier, l'indépendance du pouvoir judiciaire a suscité des débats et suggéré des solutions innovatrices. Cette communication a pour objet de retracer l'historique de ces débats et des solutions proposées. Ces dernières ont essayé, à partir d'un diagnostic réaliste du fonctionnement de l'appareil judiciaire, de proposer des mécanismes visant à mieux garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire surtout du point de vue de son indépendance matérielle (garantie constitutionnelle d'un pourcentage du budget de l'État consacré au fonctionnement de l'appareil judiciaire, proposition de budget de la Justice élaboré et défendu au Parlement par les conseils supérieurs de la magistrature judiciaire et administrative, initiative législative pour ces mêmes conseils en ce qui concerne le fonctionnement de leur justice). Toutefois ce qui est apparu clairement dans les débats c'est que l'indépendance du pouvoir judiciaire est aussi et surtout une question de système de gouvernement, de séparation des pouvoirs et donc de structure. Le système présidentiel mozambicain qui se caractérise par une forte intervention du Président de la République dans la désignation des hauts magistrats et la gestion de l'appareil judiciaire crée *a priori* une dépendance structurelle du pouvoir judiciaire par rapport au pouvoir exécutif. Ce diagnostic étant fait, il restait à proposer des solutions constitutionnelles pour limiter cette dépendance. Ainsi, les propositions sont allées vers une consolidation de «l'autogouvernement» des juges au travers de l'élection des présidents de juridiction par leurs pairs, la prohibition pour les magistrats d'exercer des activités politiques, l'exclusif recrutement des magistrats par les conseils supérieurs des magistratures judiciaires et administratives. Ces solutions devaient également s'étendre aux magistrats du parquet. Dans tous les cas, on doit voir l'indépendance du pouvoir judiciaire comme un processus historique de perfectionnement continu. Depuis son indépendance, le Mozambique a fait des efforts conséquents pour développer ses institutions judiciaires dans la perspective de consolider leur indépendance et leur impartialité. Aujourd'hui, il faut penser à un nouveau saut qualitatif et imaginer une magistrature judiciaire plus indépendante et impartiale qui exerce ses fonctions de manière plus professionnelle. Le renforcement de l'indépendance de la magistrature judiciaire rend plus effectif les principes constitutionnelles qui sous-tendent un Etat de droit démocratique, c'est pour cette raison que l'on ne peut perdre une opportunité, au travers d'une révision constitutionnelle, de consolider, renforcer et innover pour rendre plus effectif l'indépendance du pouvoir judiciaire. Dans cette perspective, les propositions avancées dans la présente contribution peuvent servir de pistes de réflexion pour un débat ouvert sur le «constitutionnalisme judiciaire».

INTRODUCTION

Au début de l'année 2010, le Mozambique a engagé une réforme constitutionnelle qui devrait être approuvée par le Parlement dans le courant de l'année 2013¹. Les raisons invoquées à l'origine étaient d'actualiser certaines de ses dispositions. En fait, la raison fondamentale était d'attribuer un troisième mandat au Président de la République sortant que la Constitution en vigueur limite à deux. Toutefois, la proposition n'a pas séduit l'immense majorité des citoyens mozambicains et la proposition initiale a été abandonnée. Néanmoins, le processus de révision constitutionnel n'a pas été délaissé pour autant.

Ce qui distingue cette réforme constitutionnelle des précédentes c'est que dès le début de ce processus la société civile et les universitaires se sont mobilisés pour organiser des débats sur ce que devrait être la prochaine Constitution du pays: la Constitution du siècle XXI! Les thèmes développés dans les divers forums ont tourné autour du changement du système de gouvernement et du système électoral, la consolidation de l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des droits fondamentaux². En particulier, l'indépendance du pouvoir judiciaire a suscité de nombreux débats et suggéré des solutions innovatrices.

Cette communication a pour objet de retracer l'historique de ces débats et des solutions proposées. Ces dernières ont essayé, à partir d'un diagnostic réaliste du fonctionnement de l'appareil judiciaire (II), de proposer des mécanismes visant à mieux garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire surtout du point de vue de son indépendance matérielle (III). Toutefois, il convient, au préalable, de poser clairement la signification de l'indépendance du pouvoir judiciaire (I).

I. LE CADRE THÉORIQUE DE L'INDÉPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE

Le terme «indépendance» se définit négativement. En effet, si l'on en croit le *Vocabulaire juridique*³, «Indépendance» signifie «*absence de subordination*». Par extension et, plus particulièrement, quand on le rapproche de l'autorité ou du pouvoir judiciaire, le mot signifie également, «*Situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre ses décisions en toute liberté et à l'abri de toutes instructions et pressions*»⁴ et le *Vocabulaire juridique* donne l'exemple de l'«*indépendance de l'autorité judiciaire*»⁵.

On ne doit pas perdre de vue cette première approche du terme «indépendance»: l'«*absence de subordination*» d'où découle, pour garantir c'est état de fait, un statut juridique protecteur.

¹ Sur tous ces aspects, voir, CISTAC G., "História inacabada de uma revisão constitucional anunciada", in, *Proposta de Revisão Constitucional para Boa Governança*, Maputo, Ed. Instituto de Apoio à Governança e Desenvolvimento/GDI, 2011, pp. 23-51.

² Voir, *Proposta de Revisão Constitucional para Boa Governança*, Maputo, Ed. Instituto de Apoio à Governança e Desenvolvimento/GDI, 2011.

³ *Vocabulaire juridique* (publié sous la direction de Gérard Cornu), Association Henri Capitant, PUF, 7eme ed., 2005.

⁴ Idem, voir *Indépendance*

⁵ Id., *ibid.*

Ainsi, dans une première perspective, on entendra par «indépendance du Pouvoir judiciaire», la situation dans laquelle les organes chargés de rendre la Justice ne sont pas dépendants ou subordonnés à un autre pouvoir, quel que soit sa nature (politique, économique, financier, opinion publique, militaire, etc.) ou, pour paraphraser MICHÈLE RIVET: «*L'indépendance est un statut qui définit une relation avec l'extérieur. C'est la liberté de juger à l'abri de toute pression*»⁶. La présentation des aspects historiques et organisationnels de l'appareil judiciaire mozambicain (A), permettra de mieux saisir les dimensions structurantes formelles de l'indépendance du pouvoir judiciaire (B).

A. Les aspects historique et organisationnel de l'appareil judiciaire

L'indépendance de la Justice a été reconnue, formellement, pour la première fois, au Mozambique par la Constitution de 1975 (Article 65.º). Toutefois, la Constitution de 1975 et la Loi sur l'Organisation Judiciaire⁷ établissaient que tous les tribunaux étaient soumis à l'autorité de l'Assemblée Populaire⁸. Le Ministère de la Justice exerçait le contrôle de l'appareil judiciaire et avait le pouvoir de nommer, transférer et démettre les juges⁹. Malgré ces dispositions, la Constitution de 1975, paradoxalement, consacrait le principe de l'indépendance des juges dans l'exercice de leurs fonctions¹⁰ et certains auteurs ont défendu qu'il n'y pas eu de «*graves ingérences*» ou «*interférences et pressions de l'Exécutif*»¹¹. On doit ajouter que la volonté déclarée des gouvernants d'alors était de créer un système de justice populaire¹². Il s'agissait de procéder, d'une part, à la «*destruction de la structure judiciaire existante, comme partie de la destruction de l'appareil colonial capitaliste*»¹³ et, d'autre part, d'étendre l'accès à la justice à tout le territoire national, jusqu'aux plus petites divisions administratives du pays (villages communautaires et quartiers dans les villes)¹⁴ «*based on the experience of the administration of justice in liberated zones during the freedom*

⁶ RIVET M., «Les normes relatives à l'indépendance de la magistrature: une vision internationale pour le juge», Colloque international sur l'indépendance de la magistrature au Maroc, à la lumière des normes internationales et des expériences régionales, Rabat, 2006, in, <http://cclma.wordpress.com/2010/05/04/colloque-international-sur-l%E2%80%99ind%C3%A9pendance-de-la-magistrature-au-maroc/>, p. 3. Voir, également, CHIBBONTA B., *A comparative analysis of judicial independence in Zambia and South Africa: security of tenure, appointment and removal procedures*, Thesis LLM Human Rights and Democratization in Africa, Centre for Human Rights, University of Pretoria, 2010, p. 1.

⁷ Loi n.º 12/78, du 2 décembre 1978.

⁸ Article 69.º de la Constitution (Loi n.º 11/78, du 15 août 1978). Il s'agissait d'édifier un système judiciaire populaire qui s'inspirait des expériences du Peuple, plus particulièrement, de celles qui avaient émergées dans les zones libérées (voir, MONDLANE L., «Mozambique. Nurturing Justice from Liberation Zones to a Stable Democratic State», in, *Human Rights Under African Constitutions. Realizing the Promise for Ourselves*, Edited by Abdullahi Ahmed An-Na'im, University of Pennsylvania Press, 2003, pp. 184-185). Voir, également, SACRAMENTO L.F., «Poder Judicial, Governo e Administração: a Experiência Moçambicana», *Rev. Jur. da Faculdade de Direito*, Set.- 2004 - Vol. VI, p. 178.

⁹ TRINDADE J.C., PEDROSO J., «A caracterização do sistema judicial e do ensino e formação jurídica», in, *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique* (Boaventura de Sousa Santos/João Carlos Trindade, organizadores), Vol. 1., Porto, Ed. Afrontamento, 2003, p. 261; MONDLANE L., «Mozambique. Nurturing Justice from Liberation Zones to a Stable Democratic State», op. cit., p. 186; CARIMO MAHOMED ISSÁ A., *Report for a Study on the Justice Sector in Mozambique*, Maputo, 1997, p. 4 et s.; SACRAMENTO L.F., «Poder Judicial, Governo e Administração: a Experiência Moçambicana», op. cit., p. 178 et s.

¹⁰ Article 65.º de la Constitution.

¹¹ CARRILHO J.N., NHAMISSITANE E.R., *Alguns aspectos da Constituição*, Maputo, Departamento de Investigação e Legislação – EDICIL – Ministério da Justiça, 1991, p. 22.

¹² MONDLANE L., «Mozambique. Nurturing Justice from Liberation Zones to a Stable Democratic State», op. cit., p. 185.

¹³ *Justiça Popular*, 1980:3, cité par TRINDADE J.C., PEDROSO J., op. cit., p. 260.

¹⁴ MONDLANE L., op. cit., p. 186.

struggle»¹⁵. En outre, une des caractéristiques du système judiciaire mozambicain qui a vu le jour dès les premiers moments du fonctionnement du nouvel appareil judiciaire et qui a perduré jusqu'à nos jours, était que l'exercice de l'activité judiciaire, à tous les niveaux, n'était pas réservé à des juges professionnels mais incluait, également, la participation de juges élus; comme l'affirme LUÍS MONDLANE: «*The new system was popular because, by setting up collective courts, it allowed people to exercise a direct control of the administration of justice. (...) Lay judges took part in both finding matters of fact and in determining concrete punishment. They reinforced popular control over the judiciary, thus ensuring the effectiveness, transparency, and impartiality of the courts. Additionally, they brought to the court system and understanding of communal rules and day-to-day experiences, which often differed from those embodied in formal or positive law*»¹⁶. En ce sens, le nouveau système institué avait un rôle éminemment politique.

La Constitution de 1990¹⁷ crée véritablement les fondements d'un nouveau système judiciaire. Elle définit les tribunaux comme des «*organes de souveraineté*» au même titre que le Président de la République, l'Assemblée de la République, le Conseil des Ministres et le Conseil Constitutionnel¹⁸ et consacre des «Principes Généraux»¹⁹ applicables à toutes les justices (judiciaire, administrative et constitutionnelle). Cette innovation constitutionnelle a rendu le Pouvoir judiciaire formellement indépendant du Pouvoir exécutif et du Pouvoir législatif²⁰. Ces principes constitutionnels seront repris et développés dans le Statut des magistrats judiciaires de 1991²¹ et dans la Loi Organique des Tribunaux Judiciaires de 1992²². La Constitution de 1990 consacre, également, l'existence d'un organe de supervision indépendant, responsable de la gestion du corps des magistrats judiciaires: le Conseil Supérieur de la Magistrature Judiciaire²³. La direction du système judiciaire n'est plus exercée par le Ministre de la Justice et les tribunaux ne rendent plus comptes à l'Assemblée Populaire devenue Assemblée de République. En outre, la séparation des tribunaux communautaires du système de justice formelle constitue un des changements les plus significatifs de l'appareil judiciaire des années 90.

La révision constitutionnelle de 2004²⁴ renforce le cadre établi par la Constitution de 1990 essayant de mieux garantir l'indépendance du Pouvoir Judiciaire. La loi fondamentale mozambicaine ne parle pas de «pouvoirs» mais d'organes de souveraineté dans lesquels sont compris les tribunaux²⁵. Cette qualification était déjà consacrée dans la Constitution de 1990 qui dans son Article 109 considérait comme «organes de souveraineté» les «Tribunaux». La Constitution de 1990 et sa révision en 2004 ont donc opté pour un ordonnancement des organes de l'État selon leurs compétences et leurs fonctions et non comme une organisation

¹⁵ Idem, p. 195.

¹⁶ Idem, p. 186.

¹⁷ Sur certains aspects de cette évolution, voir, CARRILHO J.N., NHAMISSITANE E.R., *Alguns aspectos da Constituição*, op. cit., p. 20 e s.; CISTAC G., «História da Evolução Constitucional da Pátria Amada», in, *Evolução Constitucional da Pátria Amada*, Maputo, Ed. Instituto de Apoio à Governação e Desenvolvimento, 2009, p. 32 et s.

¹⁸ Article 109 de la Constitution.

¹⁹ Articles 61 et s. de la Constitution.

²⁰ TRINDADE J.C., PEDROSO J., «A caracterização do sistema judicial e do ensino e formação jurídica», op. cit., p. 265; SACRAMENTO L.F., «Poder Judicial, Governo e Administração: a Experiência Moçambicana», op. cit., p. 179.

²¹ Loi n.º 10/91, du 30 juillet 1991.

²² Loi n.º 10/92, du 5 mai 1992.

²³ Article 172 de la Constitution.

²⁴ CISTAC G., «História da Evolução Constitucional da Pátria Amada», op. cit., p. 83 et s.

²⁵ Article 133 de la Constitution.

de «pouvoirs»²⁶. Le principe de l'indépendance des tribunaux est clairement consacré par le n.º 1 de l'Article 217 de la Constitution qui établit que «*Dans l'exercice de leurs fonctions, les juges sont indépendants et doivent seulement obéissance à la loi*». La nouvelle Loi sur l'Organisation Judiciaire de 2007²⁷ consacre également ce principe²⁸. La Constitution mozambicaine bien qu'elle établit de nombreuses dispositions sur le Pouvoir judiciaire²⁹ n'a pas consacré le principe de l'unité de juridiction. Après l'approbation de la Constitution de 1990, il était clair que cohabitaient avec la magistrature judiciaire, des magistratures administrative³⁰, fiscale³¹ et douanière³² et une magistrature constitutionnelle³³ avec des organes et des fonctions indépendantes de la magistrature judiciaire. Ainsi, il n'existe pas au Mozambique, aujourd'hui, une «Cour Suprême», mais plusieurs cours suprêmes (Cour Suprême, Tribunal Administratif et Conseil Constitutionnel).

La hiérarchie des tribunaux judiciaires comprend, du sommet à la base, les niveaux suivants³⁴:

- La Cour Suprême (1);
- les cours supérieures d'appel (3)³⁵;
- les tribunaux de province (11); et
- les tribunaux de districts (143)³⁶; ce qui représentait un total de 273 juges en 2011³⁷ et de 174 procureurs pour près de 20,5 millions d'habitants soit, 1 juge pour 75.000 habitants³⁸ et 1 procureur pour 115.000 habitants³⁹.

En 2008, le nombre de juges titulaires d'une licence en droit était de 160 ce qui représentait 66,1% du total des magistrats en activité⁴⁰. Ces données statistiques brutes illustrent le fait que la garantie de la défense et des droits des citoyens, exercés dans les conditions prévues par la loi, ne sont pas dument assurés. Une étude a pu conclure que: «*les ressources humaines existantes – magistrats judiciaires, parquet et fonctionnaires de justice –*

²⁶ Au contraire, la Constitution Fédérale du Brésil a opté pour un ordonnancement de «pouvoirs», voir, en particulier, le “TÍTULO IV” relatif à l'organisation des pouvoirs. De même, la Constitution du Royaume d'Espagne consacre son TITRE VI au “Poder Judiciário”. Voir, également, DELPÉRÉE F., “La Constitution et les juges”, Académie Internationale de Droit Constitutionnel, *Constitution et justice*, Onzième session, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1996, p. 68.

²⁷ Loi n.º 24/2007, du 20 août 2007.

²⁸ N.º 1 de l'article 10.

²⁹ Articles 216, 220, 221, 222, 225, 226, 227, alinéas a) et c) du n.º 1, n.º 3, n.º 4 de l'article 223 de la Constitution.

³⁰ Article 173 de la Constitution.

³¹ Article 175 de la Constitution.

³² Article 175 de la Constitution.

³³ Article 180 de la Constitution.

³⁴ Sur une vue générale du système, voir, TRINDADE J.C., DA SILVA T., *Inquiry into the Judicial Magistracy*, CFJJ, *Report of the Judicial Profession Biography Study*, 2005, p. 19 et s.

³⁵ Elles ont été créées par la Loi n.º 24/2007, du 20 août 2007. Voir, *Discurso do Presidente do Tribunal Supremo, por ocasião da abertura do ano judicial de 2010* (np), p. 6 et s.; *Discurso do Presidente do Tribunal Supremo, por ocasião da abertura do ano judicial de 2011* (01 de Março de 2011) (np), p. 14 et s.; *Discurso do Presidente do Tribunal Supremo, por ocasião da abertura do ano judicial de 2012* (np), p. 5.

³⁶ TRINDADE J.C., PEDROSO J., “A caracterização do sistema judicial e do ensino e formação jurídica”, op. cit., p. 267 et s. Toutefois, la carte judiciaire des tribunaux de district ne couvre pas encore l'ensemble du territoire national.

³⁷ *Discurso do Presidente do Tribunal Supremo, por ocasião da abertura do ano judicial de 2011* (01 de Março de 2011) (np), p. 11.

³⁸ Certaines provinces ont des ratios beaucoup plus élevés. Par exemple, dans la Province de *Zambezia* le ratio juge/population est de 1/271 000 hts (2008).

³⁹ *O País*, 7 de Março de 2008 (4).

⁴⁰ *Discurso do Presidente do Tribunal Supremo, por ocasião da abertura do ano judicial de 2008* (03 de Março de 2008) (np), p. 6.

sont insuffisantes et, en règle générale, ne possédant pas les qualifications adéquates»⁴¹. Certains auteurs ont même proposé de mettre en place un plan d'urgence de recrutement de magistrats judiciaires⁴² ce qui impliquerait, également, l'existence de fonds nécessaires pour payer ces magistrats et fonctionnaires de l'appareil judiciaire ainsi que la création de meilleures conditions matérielles pour assurer un bon exercice de leurs activités notamment, en terme d'installations pour les tribunaux et de logements et résidences pour ces nouveaux magistrats et fonctionnaires⁴³.

B. Les dimensions structurantes formelles de l'indépendance du pouvoir judiciaire

De nombreux intérêts s'attachent à l'étude de l'indépendance de la Justice⁴⁴. Plus particulièrement, le degré d'indépendance des tribunaux est un indicateur de l'existence ou non d'un État de droit; comme écrivent DANIEL PRÉFONTAINE et JOANNE LEE; «*There is increasing acknowledgement that an independent judiciary is the key to upholding the rule of law in a free society*»⁴⁵. L'indépendance des tribunaux constitue, en outre, un principe structurant du Pouvoir juridictionnel⁴⁶. Un Pouvoir juridictionnel indépendant constitue, également, une manifestation concrète de la protection des droits de l'homme⁴⁷. L'indépendance de la magistrature est aussi une exigence préalable du principe de légalité et la garantie fondamentale d'un procès équitable.

L'indépendance du Pouvoir judiciaire, dans son essence, comprend deux éléments fondamentaux, l'absence de subordination par rapport à un autre pouvoir et l'existence d'un statut qui garantit cette absence de dépendance d'un autre pouvoir. L'étude de l'indépendance du Pouvoir judiciaire au Mozambique ne diffère pas, en son principe, de l'étude de l'indépendance du Pouvoir judiciaire dans un autre pays. En effet, du point de vue méthodologique, comme dans tout autre ordre juridique, on peut identifier et distinguer au Mozambique une dimension externe (a) et interne de l'indépendance du Pouvoir judiciaire (b).

a) L'indépendance externe du pouvoir judiciaire

L'indépendance externe ou structurelle⁴⁸ signifie indépendance des juges par rapport aux organes ou entités étrangères au Pouvoir judiciaire⁴⁹. Elle se caractérise par la séparation

⁴¹ AA. VV., "O sistema judicial: os recursos e o movimento processual", in, *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*, Vol. 1., op. cit., p. 348.

⁴² Idem, p. 321.

⁴³ AA. VV., *Os Tribunais Judiciais*. Relatório. Projecto MOZ/UE/TS-PGR/95001. Avaliação das necessidades dos Tribunais Judiciais e das Procuradorias da República de Moçambique, Maio 1996, p. TJ/3° 8.

⁴⁴ Voir, par exemple, *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality – Revised Edition*, in http://www.usaid.gov/our_work/democracy_and_governance/publications/pdfs/pnanm007.pdf, p. 5 et s.

⁴⁵ PRÉFONTAINE D.C., LEE J., "The rule of law and the independence of the judiciary", Paper prepared for World Conference on the Universal Declaration of Human Rights, Montreal, December, 1998, in <http://www.icclr.law.ubc.ca/Publications/Reports/RuleofLaw.pdf>, p. 1.

⁴⁶ GOMES CANOTILHO J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Ed. Almedina, Coimbra, 7ed., 2003, p. 662 et s.

⁴⁷ PRÉFONTAINE D.C., LEE J., "The rule of law and the independence of the judiciary", op. cit., p. 2 et s.; HERNÁNDEZ AGUILAR A., "El papel del juez en los albores del siglo XXI", in <http://www.iaj-uim.org/old/IBA/Aguilar.doc>, p. 2.

⁴⁸ DELPÉRIÉ F., "La Constitution et les juges", op. cit., p. 109 et s.

⁴⁹ GOMES CANOTILHO J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 664; CHIBBONTA B., *A comparative analysis of judicial independence in Zambia and South Africa: security of tenure, appointment and removal procedures*, op. cit., p. 1.

des pouvoirs (1) et présuppose que l'organisation de cette indépendance soit garantie par un domaine réservé par la loi au Pouvoir judiciaire (2).

1. La Séparation des pouvoirs et le Pouvoir judiciaire

Dans l'ordre juridique mozambicain, la séparation des pouvoirs est un principe constitutionnellement garanti (1.1.), ce qui implique l'exclusivité de la fonction de juger (1.2.) et l'«autogouvernement» des juges (1.3.).

1.1. La séparation des pouvoirs comme principe constitutionnellement garanti

Le concept d'indépendance du Pouvoir judiciaire repose, entre autres, sur la doctrine de la séparation des pouvoirs⁵⁰. Les tribunaux sont des organes constitutionnels souverains auxquels est spécialement attribuée la fonction juridictionnelle exercée par des juges. L'article 212 de la Constitution définit tout particulièrement ce que l'on doit entendre par «Fonction juridictionnelle»⁵¹.

Du point de vue de leur organisation et de leur fonctionnement, le Pouvoir juridictionnel est séparé des autres pouvoirs. L'article 134 de la Constitution prévoit, expressément, que les organes de souveraineté sont régis par le principe de séparation des pouvoirs. Le pouvoir de rendre la Justice est attribué aux tribunaux et ne peut donc être attribué à un autre organe de souveraineté. Cet aspect est important; comme l'a rappelé un auteur: «*L'indépendance des tribunaux signifie nécessairement la séparation de la fonction de juger (fonction juridictionnelle) dans un sens positif et dans un sens négatif. Dans un sens positif, la fonction juridictionnelle est attribuée exclusivement à des juges; dans un sens négatif, elle interdit l'exercice de la fonction juridictionnelle par d'autres organes ou pouvoirs que ne sont pas juridictionnels*»⁵². La séparation du Pouvoir judiciaire développe, en lui-même, deux fonctions. En premier lieu, il garantit la liberté parce qu'il n'y a pas de liberté quand existe une concentration ou une confusion entre qui fait les lois, qui les applique et qui juge. En second lieu, cette séparation garantit également, l'indépendance de la magistrature parce que seulement des magistrats indépendants peuvent assurer la justice en toute liberté⁵³. Ainsi, du point de vue constitutionnel, les tribunaux ont une position juridique identique à celle des autres organes de souveraineté (Président de la République, Assemblée de la République, Gouvernement et Conseil Constitutionnel). Toutefois, rien n'empêche un pouvoir distinct du Pouvoir judiciaire de promouvoir, de forme positive, son indépendance. Par exemple, la *Politique de Défense de la Légalité et de l'Organisation de la Justice*⁵⁴ prévoit

⁵⁰ CHIBBONTA B., idem.

⁵¹

Article 212 (Fonction juridictionnelle)

1. Les tribunaux ont comme objectif garantir et renforcer la légalité comme facteur de stabilité juridique, garantir le respect des lois, assurer le respect des droits et libertés des citoyens et des intérêts juridiques des différents organes et entités ayant une existence légale.

2. Les tribunaux sanctionnent les violations de la légalité et décident des plais en accord avec ce qui est établi par la loi.

3. La loi peut définir des mécanismes institutionnels et processuels articulant les rapports entre les tribunaux et les autres instances de règlement des intérêts et de résolution des conflits.

⁵² GOMES CANOTILHO JJ., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 660.

⁵³ GOMES CANOTILHO JJ., *ibid.*, p. 658; PRÉFONTAINE D.C., LEE J., "The rule of law and the independence of the judiciary", op. cit., p. 1.

⁵⁴ Résolution n.° 16/2001, du 24 avril 2001.

comme un de ses objectifs généraux du Gouvernement: «*Renforcer et consolider l'indépendance des tribunaux ...*».

1.2. L'exclusivité de la fonction de juger

L'indépendance externe exige l'exclusivité de la fonction de juger. Il ne suffit pas que le Pouvoir judiciaire soit séparé des autres pouvoirs constitutionnellement institués, il faut, également, que soit établi la reconnaissance d'un domaine réservé de juridiction entendu comme un domaine ayant un contenu fonctionnel typique de la fonction juridictionnelle⁵⁵. Autrement dit, «*Judicial power cannot be delegated; on the contrary, every judge is representative of this power*»⁵⁶. Ce domaine réservé au Pouvoir judiciaire agit comme une limite aux actes du Parlement et de l'Administration qui pourraient avoir un contenu matériellement juridictionnel. Ainsi, l'idée de domaine réservé au juge implique que le traitement de certaines affaires lui soit réservé. C'est le cas en particulier de l'application des peines privatives de liberté et des peines de nature criminelle dans leur globalité. Le n.º 2 de l'article 59 de la Loi Fondamentale établit que «*Les accusés jouissent de la présomption d'innocence jusqu'au prononcé d'une décision judiciaire définitive*». Le n.º 1 de l'article 65 de la Constitution garantie, en particulier, que «*Le droit (...) à un jugement en matière criminelle est inviolable et est garanti à tout accusé*». L'article 66 de la Constitution consacre la procédure d'*Habeas corpus* et le n.º 1 de l'article 67 de la Constitution prévoit que: «*L'extradition peut seulement avoir lieu à travers d'une décision de justice*». En outre, le n.º 3 de l'article 63 de la Constitution établit que: «*Les recherches, appréhensions ou toutes autres diligences similaires dans le cabinet ou dans les archives d'un avocat ne peuvent être ordonnées que par décision judiciaire ...*»⁵⁷.

1.3. L'«autogouvernement» des juges

«*Apart from constitutional guarantees*», écrit LUÍS MONDLANE, «*the independence of the judiciary is secured through self-government and self-discipline of the judiciary through material, financial, and administrative autonomy*»⁵⁸. Cet état de fait peut-être désigné par le terme d'«*autogouvernement des juges*»⁵⁹. Il présuppose des organes de gestion de la corporation des magistrats, indépendants du Pouvoir exécutif et du Parlement (1.3.1) et d'une certaine autonomie sur le plan matériel et financier (1.3.2).

1.3.1. La Cour Suprême et le Conseil Supérieur de la Magistrature Judiciaire

La séparation du Pouvoir judiciaire du Pouvoir exécutif qui constitue une étape fondamentale dans la construction de l'État de droit, est allé, au Mozambique, jusqu'au point de retirer la responsabilité de la gestion du système judiciaire au Gouvernement. Les tribunaux, d'une façon générale, et la Cour Suprême⁶⁰, en particulier, sont responsables pour

⁵⁵ GOMES CANOTILHO JJ., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 664; HERNÁNDEZ AGUILAR A., «El papel del juez en los albores del siglo XXI», op. cit., p. 4.

⁵⁶ MONDLANE L., «Mozambique. Nurturing Justice from Liberation Zones to a Stable Democratic State», op. cit., p. 197.

⁵⁷ Voir, également, n.º 23 de l'article 23 de la Loi n.º 24/2007, du 20 août 2007.

⁵⁸ MONDLANE L., op. cit., p. 196.

⁵⁹ L'expression est de JOSÉ NORBERTO CARRILHO et de EMÍDIO RICARDO NHAMISSITANE, *Alguns aspectos da Constituição*, op. cit., p. 22. Voir également, le Préambule de la Loi n.º 10/91, du 30 juillet.

⁶⁰ Pour faire face à ces nouvelles tâches les services de gestion de l'appareil judiciaire de la Cour Suprême comprennent les structures suivantes: le Département de l'Administration, du Patrimoine et des Finances; le

l'effectif fonctionnement et la gestion du système judiciaire à tous les niveaux⁶¹. Toutefois, l'«autogouvernement des tribunaux» a eu des effets non calculés que le nouveau système a du affronter. En particulier, les tâches de gestion et d'administration ont considérablement augmenté au profit des nouveaux organes responsables de ces tâches (plus particulièrement de la Cour Suprême) sans une augmentation proportionnelle des ressources humaines et financières⁶². En outre, malgré le fait que ce processus peut apparaître comme une garantie et un symbole de l'indépendance des tribunaux⁶³, on ne peut nier, également, le fait que ce changement organique et structurel a contribué à concentrer sur la Cour Suprême, des compétences organisatrices et de gestion administrative, généralement assurées par les conseillers de la Cour, les obligeant à assurer, ainsi, de nombreuses tâches de gestion et à reléguer à un second plan celle qui devrait être leur principale activité: celle de juger les recours soumis à leur appréciation⁶⁴. Un juge ne s'improvise pas, du jour au lendemain, administrateur. Administrer, c'est aussi une culture qui est bien différente de celle de juger. C'est si vrai qu'il a été créé par la Résolution n.° 7/2006 du 20 décembre du Conseil de la Fonction Publique la figure de «l'Administrateur judiciaire»⁶⁵ pour pallier aux limites ou aux insuffisances de la gestion par les juges, de certaines tâches de gestion de l'appareil judiciaire⁶⁶. Cette situation, quoique différente, se répète à l'échelon provincial. Le Président du Tribunal Provincial est responsable, au niveau de la province, de la gestion du système judiciaire, de l'emploi des fonds publics affectés au fonctionnement du tribunal, du recrutement et de la sélection des fonctionnaires affectés au tribunal et du fonctionnement des tribunaux judiciaires de district. Le n.° 3 de l'Article 39 de la Loi n.° 24/2007, du 20 août 2007 établit, également, que la direction de l'appareil judiciaire appartient à la Cour Suprême. Plus particulièrement, et au terme du n.° 1 de l'Article 93 de la Loi n.° 24/2007, du 20 août 2007, la direction de l'appareil judiciaire est exercée par le Président de la Cour Suprême et le Conseil Judiciaire. Le Conseil Judiciaire est l'organe qui a pour fonction d'analyser et de délibérer sur les questions fondamentales relatives à l'organisation, au fonctionnement et au développement de l'appareil judiciaire⁶⁷. Il est composé du Président et du Vice-président de la Cour Suprême, des présidentes des sections de la Cour Suprême, des présidents des cours supérieures d'appel, des présidents des tribunaux judiciaires de province et par le Secrétaire-Général de la Cour Suprême. Le Conseil Judiciaire se réunit, ordinairement, une fois par an et, extraordinairement, quand cela le justifie, par la convocation du Président de la Cour Suprême. Toutefois, le véritable pouvoir de direction de l'appareil judiciaire appartient au Président de la Cour Suprême qui, selon l'Article 97 de la Loi n.° 24/2007, du 20 août 2007, a les compétences suivantes:

Département des Ressources Humaines, le Département de l'Information et de la Statistique Judiciaire et la Bibliothèque.

⁶¹ C'est aussi le cas pour les tribunaux administratifs et le Conseil Constitutionnel.

⁶² TRINDADE J.C., DA SILVA T., *Inquiry into the Judicial Magistracy*, op. cit., pp. 18-19; TRINDADE J.C., PEDROSO J., "A caracterização do sistema judicial e do ensino e formação jurídica", op. cit., p. 266.

⁶³ AA. VV., "Caracterização do desempenho dos tribunais: um roteiro dos bloqueios do sistema judicial", in, *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*, Vol. 1., op. cit., p. 575.

⁶⁴ AA. VV., "Caracterização do desempenho dos tribunais: um roteiro dos bloqueios do sistema judicial", *Ibidem; Mozambique Legal and Judicial Sector Assessment*, Legal Vice Presidency, The World Bank, 2004, p. 28.

⁶⁵ Voir, également, l'Article 105 de la Loi n.° 24/2007, du 20 août 2007.

⁶⁶ Cette option avait été suggérée par le Rapport de la Banque Mondiale en 2004, *Mozambique Legal and Judicial Sector Assessment*, op. cit., p. 30. Voir également, TRINDADE J.C., "Constituição e Reforma da Justiça", in, *Desafios para Moçambique 2010*, Maputo, Ed. IESE, 2010, p. 245.

⁶⁷ Article 94 de la Loi n.° 24/2007, du 20 août 2007. Sur les compétences du Conseil Judiciaire, voir l'Article 96 de la Loi n.° 24/2007, du 20 août 2007.

- «a) garantir le fonctionnement correct des organes de direction de l'appareil judiciaire;
- b) présider le Conseil Judiciaire;
- c) présider les sessions du Conseil Consultatif;
- d) contrôler l'exécution des décisions du Conseil Judiciaire;
- e) approuver le programme annuel de la Cour Suprême et le rapport et les directives circulaires et instructions selon les termes de la présente loi;
- f) nommer et démettre le Secrétaire-Général et les autres cadres et fonctionnaires des tribunaux;
- g) concéder sa fonction au Secrétaire-Général et aux responsables des organes d'appui;
- h) exercer l'action disciplinaire sur les fonctionnaires;
- i) exercer les autres attributions conférées par la loi».

En outre fonctionne au niveau de la Cour Suprême, le Conseil Consultatif qui comprend le Président de la Cour Suprême, le Vice-président de la Cour Suprême, le Secrétaire-général et les cadres de la Cour Suprême désignés par le Président de la Cour. Il a pour fonction d'analyser et d'émettre des avis sur des questions qui, du fait de la loi, de la réglementation ou par décision du Président de la Cour Suprême, doivent lui être soumises⁶⁸.

Le Conseil Supérieur de la Magistrature Judiciaire est l'organe de gestion et de discipline de la magistrature judiciaire⁶⁹. Il est composé du Président de la Cour Suprême qui préside cette institution, du Vice-président de la Cour Suprême, de deux membres désignés par le Président de la République, de cinq membres élus par le Parlement et de sept magistrats judiciaires élus par leurs pairs représentants les diverses catégories de magistrats⁷⁰. Cette composition multisectorielle et de «*légitimité complexe*»⁷¹ permet l'existence de *checks and balances* entre les trois pouvoirs de l'État mais, également, de garantir une représentation de la diversité de perspectives au sein même de l'organe de gestion des magistrats et des fonctionnaires de l'appareil judiciaire^{72 73 74}. Le Conseil Supérieur de la Magistrature Judiciaire a pour compétences: nommer, transférer, promouvoir, exonérer et apprécier le mérite professionnel des magistrats judiciaires, exercer le pouvoir disciplinaire à leur encontre et à l'égard des fonctionnaires de l'appareil judiciaire. Il propose également la réalisation d'inspections et élabore des avis sur la politique judiciaire à la demande du Président de la République, du Parlement et du Gouvernement⁷⁵. Une grande majorité des magistrats en fonction considèrent que le système en place de sélection et de recrutement des juges garantit

⁶⁸ Article 98 de la Loi n.° 24/2007, du 20 août 2007. Sur les compétences du Conseil Consultatif, voir l'Article 99 de la Loi n.° 24/2007, du 20 août 2007.

⁶⁹ Article 220 de la Constitution; n.° 1 de l'Article 128 du Statut de la magistrature. Voir, également, le Décret n.° 10/2005, du 4 mai 2005 qui régule l'organisation, la composition et le fonctionnement des services d'appui du Conseil Supérieur de la Magistrature Judiciaire.

⁷⁰ N.° 1 de l'article 221 de la Constitution.

⁷¹ GOMES CANOTILHO JJ., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 666.

⁷² MONDLANE L., "Mozambique. Nurturing Justice from Liberation Zones to a Stable Democratic State", op. cit., p. 197.

⁷³ Le n.° 3 de l'Article 221 de la Constitution prévoit également que: "Le Conseil Supérieur de la Magistrature Judiciaire inclut des fonctionnaires de justice élus par leurs pairs, pour la discussion et délibération, dans les affaires relatives au mérite professionnel et à l'exercice de la fonction disciplinaire, dans les conditions prévues par la loi".

⁷⁴ La Constitution prévoit également l'existence d'un *Conseil Supérieur de la Magistrature Administrative* chargé de la gestion et de la discipline de la magistrature administrative, fiscale et douanière (Article 232).

⁷⁵ Article 222 de la Constitution.

un haut niveau d'intégrité et d'indépendance⁷⁶. Toutefois, les mécanismes de nomination des juges ont été mis en question. Ainsi, dans une étude récente 61% des magistrats interrogés ont émis l'opinion que le système de nomination devait être amélioré et 29% ont considéré qu'il était inadéquat⁷⁷.

1.3.2. L'indépendance matérielle et financière

L'indépendance matérielle et financière est une des dimensions essentielles de l'indépendance du Pouvoir judiciaire⁷⁸. Les ressources financières de l'appareil judiciaire proviennent principalement, du budget de l'État, au travers des lignes budgétaires affectées à la Cour Suprême et au Ministère de la Justice, des recettes des tribunaux⁷⁹ et de l'aide externe (DANIDA⁸⁰, PNUD⁸¹, Banque Mondiale, USAID, etc.). Quand en 1989, il a été décidé de rendre autonome l'appareil judiciaire, le patrimoine immobilier qui était jusque là sous la gestion du Ministère de la Justice a été transféré aux tribunaux. Toutefois, une part non négligeable de ce patrimoine et, plus particulièrement, de nombreuses résidences de magistrats, est passé sous la gestion de l'agence étatique chargée de la gestion des immeubles (APIE) nationalisés par l'État en 1976⁸². Du point de vue des équipements, il existe une grande différence entre la situation de la Cour Suprême qui dispose d'un parc d'équipements suffisant pour mener à bien ces fonctions et les tribunaux d'échelons inférieurs qui, pour la plupart, ne possèdent pas de matériel informatique ou de moyens de transport (tribunaux de district) et de bibliothèque⁸³.

2. L'organisation du Pouvoir judiciaire comme domaine réservé à la loi

L'indépendance externe présuppose que l'organisation du Pouvoir judiciaire soit un domaine réservé à la loi. Certaines constitutions l'ont expressément prévu; c'est le cas en particulier de la Constitution portugaise qui prévoit dans son alinéa p) du n.º 1 de l'Article 165º qu' «*Est de l'exclusive compétence de l'Assemblée de la République légiférer dans les matières suivantes, sauf autorisation au Gouvernement:*

(...)

p) *L'organisation et la compétence des tribunaux et du Ministère Public et leurs statuts respectifs ...*». Le n.º 2 de l'Article 179 de la Constitution mozambicaine ne mentionne pas cette matière comme de l'exclusive la compétence du Parlement, sauf à considérer que «*la compétence des tribunaux et du Ministère Public et le statut des respectifs magistrats*» soit

⁷⁶ TRINDADE J.C., DA SILVA T., *Inquiry into the Judicial Magistracy*, op. cit., p. 50. Dans l'étude précitée 76% des magistrats sondés ont répondu par l'affirmative à cette question.

⁷⁷ TRINDADE J.C., DA SILVA T., *Ibidem*

⁷⁸ CARRILHO J.N., NHAMISSITANE E.R., *Alguns aspectos da Constituição*, op. cit., p. 22.

⁷⁹ Les recettes des tribunaux ("Cofre") demeurent encore réduites du fait de l'absence d'actualisation de la législation sur les frais de justice ce qui implique, entre autres choses, un faible pourcentage de ressources pour les magistrats et pour les projets d'investissement provenant de cette source de financement.

⁸⁰ *Mid-Term Review of Danish Programme Support to the Justice Sector in Mozambique (2002-2005)*, Report, 30 August 2005.

⁸¹ Voir, par exemple, UNDP, *Support to the Justice Sector*, Project MOZ/98/003/A/01/99, Maputo, 1998.

⁸² AA. VV., "O sistema judicial: os recursos e o movimento processual", in, *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*, Vol. 1., op. cit., p. 329.

⁸³ Par exemple, le Tribunal Judiciaire de la Province de Tete affronte une véritable crise en matière de ressources matérielles et humaines. Selon la presidente de ce tribunal: "Há insuficiência de salas de audiências. Não obstante os esforços em termos de apetrechamento dos recursos humanos, estes não encontram condições condignas para o exercício das suas funções (...) Deparamo-nos, também, com a falta de meios circulantes (viaturas) para magistrados, pessoal de direcção e de serviços administrativos, e de materiais, como secretárias, cadeiras, cacifos para os funcionários", in, *domingo*, 13/03/2011.

incluse dans la disposition relative au «*statut des titulaires des organes de souveraineté*» qui est consacrée dans le n.º 2 de l'Article 179 de la Constitution. Le risque de ce défaut de clarté est que le Gouvernement considérait que cette matière ne soit pas de la compétence exclusive du législateur ordinaire et sollicitasse l'autorisation de légiférer, sous la forme de décret-loi, à l'Assemblée de la République, dérogeant ainsi au n.º 3 de l'Article 223 de la Constitution qui prévoit que «*La compétence, l'organisation et le fonctionnement des tribunaux mentionnés aux numéros antérieurs sont établis par la loi ...*». Cette perspective était difficilement compatible avec l'indépendance externe de la magistrature, notamment, prise sous sa dimension organisatrice. Le législateur ordinaire a interprété la disposition constitutionnelle – n.º 2 de l'Article 179 de la Constitution – comme intégrant le statut des magistrats judiciaires. À titre d'exemple, le fondement de la loi qui approuve le Statut des Magistrats Judiciaires é, formellement, l'alinéa q) du n.º 2 de l'Article 179 de la Constitution qui attribue la compétence exclusive au Parlement pour «*définir le statut des titulaires des organes de souveraineté ...*». Dans tous les cas, la réserve au profit du législateur pour ce qui concerne la définition du statut des magistrats judiciaires devrait être mieux clarifiée ce qui passe par l'inclusion formelle dans le n.º 2 de l'Article 179 de la Constitution de «*l'organisation, et la compétence des tribunaux et du Ministère Public et le statut des respectifs magistrats*».

b) L'indépendance interne du Pouvoir judiciaire

L'indépendance interne signifie l'indépendance des magistrats devant les organes ou entités qui appartiennent au Pouvoir judiciaire. L'indépendance interne s'organise, principalement, autour de l'indépendance personnelle des juges (1) et leur indépendance collective (2).

1. L'indépendance personnelle des juges

L'indépendance personnelle des juges s'articule autour des garanties (1.1.) et du régime des incompatibilités et d'impartialité des magistrats (1.2.). Toutefois, la contrepartie de ce régime protecteur est l'institution d'un régime de responsabilité du magistrat (1.3.).

1.1. Les garanties

Le juge LEDAIN dans l'affaire *Valente v. The Queen*, jugée par la Cour Suprême du Canada en 1985⁸⁴, a distingué trois garanties essentielles pour assurer l'indépendance du juge: la sécurité de l'emploi (1.1.1), l'indépendance administrative (1.1.2) et la sécurité financière (1.1.3). On peut, toutefois, ajouter une autre dimension, celle de la garantie d'autonomie dans l'exercice de la juridiction (1.1.4). On adoptera ces distinctions comme grille d'analyse de la situation de la magistrature au Mozambique.

1.1.1. La sécurité de l'emploi: la garantie d'inamovibilité

L'inamovibilité signifie qu'un juge ne pourra être transféré, suspendu ou mis à la retraite ou révoqué que pour un motif valable, qui doit être lié à sa capacité d'exercer des fonctions judiciaires⁸⁵. La garantie d'inamovibilité est consacrée par le n.º 3 de l'Article 217 de la Constitution. Selon cette disposition constitutionnelle: «*Les juges sont inamovibles. Ils ne*

⁸⁴ [1985] 2 S.C.R. 673 at 687 & 689. Voir également, DELPÉRIÉE F., «La Constitution et les juges», op. cit., p. 114 et s.

⁸⁵ RIVET M., «Les normes relatives à l'indépendance de la magistrature: une vision internationale pour le juge», op. cit., p. 13; DELPÉRIÉE F., ibid., p. 103 et s.

peuvent être transférés, suspendus, mis à la retraite ou démis, sauf dans les cas prévus par la loi». Ainsi, l'interdiction de transfert, de suspension, de promotion, de mise à la retraite, de démission ou tout autre forme de changement de situation ne peuvent être réalisés que dans les cas expressément prévue par la loi, c'est-à-dire, pratiquement, par le Statut de la Magistrature Judiciaire⁸⁶ et constitue, de ce fait, une dimension incontournable de l'indépendance personnelle des juges.

1.1.2. L'indépendance administrative

L'indépendance administrative a été définie, pour ne prendre qu'un exemple en droit jurisprudentiel comparé, par la Cour Suprême du Canada, comme le contrôle par les tribunaux: «*over administrative decisions that bear directly and immediately on the exercise of the judicial function*»⁸⁷ et inclus notamment, «*the assignment of judges, the determination of sittings of the court and court lists, and related matters of allocation of court rooms, and the direction of the administrative staff carrying out these function*»⁸⁸. Le droit positif consacre plusieurs exemples d'indépendance administrative. Par exemple, le Président de la Cour Suprême peut décider du nombre de greffes dans un tribunal provincial en prenant en compte la demande locale⁸⁹, de l'entrée en fonctionnement des tribunaux et de leur organisation en chambres⁹⁰, de la nomination des présidents des tribunaux et des chambres⁹¹, de la nomination des présidents des cours supérieures d'appel⁹² ou du nombre de chambres de compétence générale ou spécialisée⁹³ de ces mêmes tribunaux.

1.1.3. La sécurité financière: la garantie de conditions compatibles avec la fonction exercée

La sécurité financière des juges, c'est-à-dire, le droit à une rémunération digne de leurs fonctions, est une thématique débattue dans la plupart des pays⁹⁴. Autrement dit, la sécurité financière consiste essentiellement en ce que «*le droit à la rémunération et à la pension soit prévu par la loi et non soumis aux ingérences arbitraires de l'exécutif*»⁹⁵. L'indépendance des juges dans cette matière implique, également, l'absence de subordination vis-à-vis du Pouvoir exécutif. Un exemple intéressant à ce sujet est celui du Canada, où la Cour Suprême a déclaré l'inconstitutionnalité de certaines procédures de fixation des salaires des juges provinciaux parce qu'elles n'offraient pas suffisamment de garanties pour assurer l'indépendance du Pouvoir judiciaire⁹⁶. Dans cette affaire, la Cour Suprême du Canada a conclu que: «*... the system which required that judges negotiate their salaries and benefits with the executive could lead to the perception of a lack of independence* » et que «*the existence of an independent body to make recommendations regarding salaries and benefits*

⁸⁶ Article 6 du Statut de la Magistrature Judiciaire.

⁸⁷ In Arrêt *Valente*, supra

⁸⁸ PRÉFONTAINE D.C., LEE J., "The rule of law and the independence of the judiciary", op. cit., p. 12.

⁸⁹ *Mozambique Legal and Judicial Sector Assessment*, op. cit., p. 26.

⁹⁰ Article 31 la Loi n.° 24/2007, du 20 août 2007.

⁹¹ Alinéa f) de l'article 54 de la Loi n.° 24/2007, du 20 août 2007.

⁹² Article 64 de la Loi n.° 24/2007, du 20 août 2007.

⁹³ Article 69 de la Loi n.° 24/2007, du 20 août 2007.

⁹⁴ Voir, par exemple, DAKOLIAS M., *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform*, World Bank Technical Paper n.° 319, 1996, p. 14 et s.

⁹⁵ RIVET M., "Les normes relatives à l'indépendance de la magistrature: une vision internationale pour le juge", op. cit., p. 13. Cet auteur ajoute: "*La magistrature est ainsi protégée contre l'ingérence politique des autres pouvoirs par le biais de la manipulation financière*", *Ibidem*

⁹⁶ En l'espèce, les salaires étaient fixes directement par les autorités gouvernementales, voir, PRÉFONTAINE D.C., LEE J., "The rule of law and the independence of the judiciary", op. cit., p. 11.

was essential to avoid the possibility of political interference through economic manipulation. The recommendations would not bind Parliament but require a response which would withstand the rationality test»⁹⁷. Aux termes de l'Article 59 du Statut de la Magistrature Judiciaire, l'État doit garantir l'indépendance économique des magistrats au moyen d'une rémunération adéquate à la dignité de leurs fonctions. Le Statut de la Magistrature Judiciaire établit également certains critères qui doivent orienter la détermination de ces rémunérations notamment, la spécificité de la fonction judiciaire, la catégorie et le temps de service réalisé par le magistrat⁹⁸. Le recrutement de nouveaux magistrats à long terme était difficile au Mozambique en raison des niveaux de salaires peu attractifs. Dans les années 1990, les salaires des magistrats variaient entre un maximum de 8-10 millions de meticaïs⁹⁹, au sommet de l'échelle salariale, autour de 1700000 meticaïs pour les juges de 1^{er} classe¹⁰⁰ et un minimum de 650000 meticaïs pour les juges de districts¹⁰¹. En 2003, le Conseil des Ministres a adopté un système de rémunération plus favorable¹⁰². Ainsi, le salaire de base d'un juge débutant est, approximativement, de 332 USD/mois; un juge de 1^{er} classe percevra, lui, approximativement, 638 USD/mois. Les magistrats judiciaires ont, également, droit à un supplément de 50% de leur salaire de base mensuel à titre de subside d'exclusivité¹⁰³ auquel s'ajoute un subside de 25% de leur salaire de base pour aide au logement¹⁰⁴. En outre, les juges peuvent recevoir jusqu'au double de leur salaire à travers les frais judiciaires en fonction du nombre d'affaires traitées par leur tribunal d'affectation par mois¹⁰⁵. Par delà les conditions financières, on doit, également, admettre que d'autres conditions doivent être réunies pour garantir une certaine dignité à l'exercice de la magistrature judiciaire. Ainsi, le Statut de la Magistrature Judiciaire prévoit comme droits pour le magistrat: l'assistance médicale gratuite pour lui, son conjoint et la famille à sa charge¹⁰⁶, un logement de fonction digne et dument aménagé¹⁰⁷, l'affectation d'un véhicule de fonction et l'utilisation gratuite des transports collectifs publics^{108 109}.

1.1.4. La garantie d'autonomie dans l'exercice de la juridiction

Quel que soit la relation hiérarchique existante sur le plan de l'organisation judiciaire, elle ne pourra avoir d'incidence sur l'exercice de la fonction juridictionnelle¹¹⁰; comme l'établit le n.° 1 de l'Article 217 de la Constitution: «*Dans l'exercice de leurs fonctions, les juges sont indépendants et ne doivent obéissance qu'à la loi*». De même, l'Article 4 du Statut de la Magistrature Judiciaire dispose que les magistrats judiciaires jugent seulement selon la Constitution, la loi et leur conscience. Ils ne sont pas assujettis à des ordres ou instructions, sauf à exécuter les décisions des tribunaux supérieurs dans le cadre de recours interposés

⁹⁷ Idem, pp. 11-12.

⁹⁸ N.° 2 de l'article 59 du Statut de la Magistrature Judiciaire.

⁹⁹ Entre 640 et 800 USD par mois.

¹⁰⁰ 136 USD par mois.

¹⁰¹ 52 USD par mois.

¹⁰² Décret n.° 59/2003, du 24 décembre 2003.

¹⁰³ Article 5 du Décret n.° 59/2003, du 24 décembre 2003.

¹⁰⁴ Article 6 du Décret n.° 59/2003, du 24 décembre 2003.

¹⁰⁵ *Mozambique. O Sector da Justiça e o Estado de Direito. Um relatório publicado pelo AfriMAP e pela Open Society Initiative for Southern Africa*, Open Society Foundation e AfriMAP, 2006, p. 58.

¹⁰⁶ Alinéa g) du n.° 1 de l'article 53 du Statut de la Magistrature.

¹⁰⁷ Alinéa i) du n.° 1 de l'article 53 du Statut de la Magistrature.

¹⁰⁸ Alinéa l) du n.° 1 de l'article 53 du Statut de la Magistrature.

¹⁰⁹ Les Conseillers de la Cour Suprême ont, en outre, des droits spéciaux (voiture protocolaire, passeport diplomatique, droit de voyager en première classe et subside de représentation) (article 54 du Statut de la Magistrature Judiciaire).

¹¹⁰ HERNÁNDEZ AGUILAR A., "El papel del juez en los albores del siglo XXI", op. cit., p. 4 et s.

contre leurs décisions¹¹¹. Logiquement, l'existence de tribunaux de hiérarchie différente et la consécration d'organes de discipline comme, par exemple, le Conseil Supérieur de la Magistrature Judiciaire¹¹², ne peuvent violer le principe d'indépendance du juge dans l'exercice de la *jurisdictio*. Autrement dit, tous les juges et, en même temps, chacun d'eux disposent directement du pouvoir de *jurisdictio*. Autrement dit, «... un juge ne doit pas être forcé, persuadé ou empêché par d'autres juges, qu'ils soient originaires de tribunaux supérieurs ou qu'ils aient une plus grande ou meilleure expérience de l'exercice de la profession»¹¹³. Cette garantie se combine avec celle de l'indépendance fonctionnelle qui représente une des dimensions traditionnellement reconnue¹¹⁴ comme noyau dur du principe d'indépendance. Elle signifie que le juge est seulement soumis à la loi¹¹⁵ ou mieux, aux sources du droit constitutionnellement reconnues, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle¹¹⁶.

1.2. Les incompatibilités et l'impartialité des juges

L'article 219 de la Constitution établit une incompatibilité fonctionnelle entre l'exercice de l'activité de magistrat et toutes autres fonctions publiques ou privées¹¹⁷. Ce principe vise à préserver le magistrat judiciaire de situations susceptibles de générer des conflits d'intérêts ou qui pourraient porter préjudice au bon exercice de ses fonctions. La Loi Fondamentale ouvre, toutefois, une exception au profit de l'activité d'enseignant ou de la recherche dans le domaine juridique. Néanmoins, dans ces hypothèses, l'autorisation préalable du Conseil de la Magistrature Judiciaire est nécessaire. Le législateur constituant a pensé que ces activités ne portaient pas atteintes à l'indépendance du magistrat et qu'au contraire, elles pouvaient l'aider à mieux exercer ces fonctions en approfondissant leur étude, mais aussi, en faisant mieux connaître, du point de vue scientifique, le fonctionnement de l'appareil judiciaire. On doit mettre en parallèle cette disposition constitutionnelle avec celle de l'Article 213 qui établit que «*Les tribunaux éduquent les citoyens et l'administration publique dans l'accomplissement volontaire et consciente des lois, en établissant une juste et harmonieuse convivialité sociale*». Il ne fait aucun doute que l'enseignement et la recherche constituent des manifestations concrètes de cette fonction éducative des magistrats. Au contraire, il peut exister des activités susceptibles de mettre en cause l'impartialité du juge sur le plan institutionnelle¹¹⁸. L'indépendance est une condition préalable et nécessaire de l'impartialité des juges¹¹⁹. Elle suppose, également, l'exigence selon laquelle les juges ne peuvent être «parties» dans les questions qui sont soumises à leur appréciation¹²⁰. Cette exigence d'impartialité justifie l'obligation pour le juge de se considérer «empêché» dans les affaires où il existe un rapport quelconque le liant avec l'une des parties au procès. L'article 7 du Statut de la Magistrature judiciaire donne quelques exemples pratiques de ce principe en établissant qu'il: «*Est interdit aux magistrats judiciaires d'intervenir dans les procès dans*

¹¹¹ Voir, également le n.° 2 de l'Article 10 de la Loi n.° 24/2007, du 20 août 2007.

¹¹² Article 220 de la Constitution.

¹¹³ CARRILHO J.N., NHAMISSITANE E.R., op. cit., p. 24.

¹¹⁴ GOMES CANOTILHO JJ., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 664.

¹¹⁵ N.° 1 de l'Article 217 de la Constitution; n.° 1 de l'Article 10 de la Loi n.° 24/2007, du 20 août 2007.

¹¹⁶ GOMES CANOTILHO JJ., op. cit., p. 664.

¹¹⁷ Voir également, l'Article 36 du Statut de la Magistrature Judiciaire. Voir en droit comparé, l'Arrêt de la Cour Suprême du Canada, R. c. Lippé, [1991] 2 R.C.S. 114, in, <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1990/1991scr2-114.html>, en particulier, p. 29 et s. et p. 39.

¹¹⁸ Pour un exemple de critères qui permettent de déterminer ces caractéristiques, voir l'Arrêt de la Cour Suprême du Canada R. c. Lippé, op. cit., pp. 39-40.

¹¹⁹ RIVET M., «Les normes relatives à l'indépendance de la magistrature: une vision internationale pour le juge», op. cit., p. 5. Voir, en particulier, l'Arrêt de la Cour Suprême du Canada, R. c. Lippé, cité supra.

¹²⁰ Le n.° 2 de l'article 217 de la Constitution établit formellement cette obligation pour les juges.

lesquels participe comme magistrat ou fonctionnaire de justice, personnes qui se trouvent liées par mariage, communion de vie, parenté ou affinité quelque soit le degré de descendance en ligne directe ou jusqu'au second degré de descendance en ligne collatérale». Il est important de souligner que l'impartialité des magistrats judiciaires constitue plus un droit pour les parties qu'un privilège du Pouvoir judiciaire¹²¹.

1.3. L'irresponsabilité et la responsabilité des juges

La consécration du principe d'irresponsabilité des magistrats par le n.º 2 de l'Article 217 de la Constitution (1.3.1) ne signifie pas immunité totale des magistrats. Les magistrats judiciaires peuvent voir leur responsabilité engagée sous certaines conditions (1.3.2).

1.3.1. Le principe d'irresponsabilité

L'indépendance est aussi assurée par le principe d'irresponsabilité des magistrats judiciaires consacrée par le n.º 2 de l'Article 217 de la Constitution. De même, l'Article 5 du Statut de la Magistrature dispose que *«Les magistrats judiciaires ne peuvent être tenus responsables pour les jugements et décisions, excepté dans les cas spécialement prévus par la loi»*. C'est aussi le cas dans de nombreux systèmes juridiques¹²². Le principe de l'irresponsabilité conduit à l'idée selon laquelle le travail du juge ne peut être conditionné, dans l'exercice de ces fonctions, par la peur d'une punition ou par l'espérance d'un prix ou d'une récompense (*sine spe nec metu*)¹²³.

1.3.2. La responsabilité

Le fait que les magistrats judiciaires soient «irresponsables» en ce qui concerne les actes pratiqués dans le cadre de l'exercice de leur fonction ne signifie pas qu'ils bénéficient d'une immunité pour la totalité des actes qu'ils exécutent; comme le relèvent certains auteurs: *«... this does not mean that judges are not accountable»*¹²⁴. Ce principe est expressément consacré par le n.º 1 de l'Article 218 de la Constitution qui dispose que: *«Les juges répondent civilement, criminellement et disciplinairement, pour les actes pratiqués dans l'exercice de leurs fonctions seulement dans les cas prévus par la loi»*¹²⁵. Cela signifie clairement que les juges sont responsables de leur conduite envers les institutions compétentes établies pour faire

¹²¹ CARRILHO J.N., NHAMISSITANE E.R., *Alguns aspectos da Constituição*, op. cit., p. 23; RIVET M., "Les normes relatives à l'indépendance de la magistrature: une vision internationale pour le juge", op. cit., p. 6. Dans certains systèmes juridiques, il existe une distinction formelle, construite par la jurisprudence, entre l'"indépendance" et l'"impartialité" du Pouvoir judiciaire. Par exemple, au Canada, la Cour Suprême a jugé que: *"... l'impartialité a trait à l'état d'esprit d'un juge; l'indépendance judiciaire, par contre, se rapporte à la relation sous-jacente qu'il y a entre le pouvoir judiciaire et les autres organes du gouvernement, qui assure que la cour fonctionnera de façon impartiale et sera perçue comme tel"*, apud, Cour Suprême du Canada R. c. Lippé, op. cit., p. 33. Dans cette perspective, l'indépendance constitue le présupposé nécessaire de l'impartialité judiciaire.

¹²² Voir, par exemple, le système canadien, PRÉFONTAINE D.C., LEE J., "The rule of law and the independence of the judiciary", op. cit., p. 12; Brésil, ARRUDA K.M., "A responsabilidade do juiz e a garantia da independência", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 34 n.º 133 jan/mar. 1997, p. 169 et s.

¹²³ GOMES CANOTILHO J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 666.

¹²⁴ PRÉFONTAINE D.C., LEE J., op. cit., p. 13.

¹²⁵ Par exemple, l'Article 61 du Statut de la Magistrature dispose que *"Constituent infraction disciplinaire les faits pratiqués par les magistrats judiciaires en violation de leurs devoirs professionnels et les actes ou omissions de leur vie publique incompatibles avec le prestige et la dignité indispensable à l'exercice de leur fonction"*.

respecter les normes juridiques pertinentes en la matière¹²⁶. En outre, les juges sont soumis à la règle de droit¹²⁷. Rien n'empêche, également, les particuliers lésés par des actes ou comportements de magistrats judiciaires dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle, de recourir à l'institution de la responsabilité de l'État prévue à l'Article 58 de la Constitution¹²⁸. On doit également situer cette thématique dans le cadre des principes éthiques que doivent respecter les magistrats et qui doivent guider leur processus décisionnel. Ils peuvent, en effet, «*provide assistance to judges in making decisions on the difficult ethical issues which confront them*»¹²⁹.

2. L'indépendance collective

L'indépendance collective a pour objet de conférer l'autonomie à la judicature entendue comme ordre ou corporation au contraire de l'indépendance personnelle que a en vue, seulement, la personne du juge comme individu¹³⁰. L'indépendance collective peut revêtir, dans la pratique, principalement, deux formes: l'association ou le syndicat de magistrats. L'Article 53 du Statut de la magistrature judiciaire consacre (seulement), au profit des magistrats judiciaires, la liberté de créer, pour la défense de leurs intérêts professionnels, des associations. Le mouvement associatif des juges est une réalité très récente au Mozambique. Une association a été créée en 2003 et a été formalisée en 2004. Elle regroupe plus de la moitié des juges actuellement en fonction¹³¹. L'association a son siège à Maputo et ne dispose pas de délégation ou de représentation au niveau des provinces ce qui limite ses objectifs, ses actions et, par voie de conséquence, son efficacité.

II. L'ÉVALUATION DE L'INDÉPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE MOZAMBICAIN À LA LUMIÈRE DES STANDARDS INTERNATIONAUX EN VIGUEUR EN LA MATIÈRE

«Évaluer», signifie «*Porter un jugement sur la valeur de quelque chose*»¹³². Dans un sens plus précis et plus conforme à notre étude, on entendra par «Évaluer», le fait de rechercher si les moyens juridiques, administratifs ou financiers mis en œuvre par les autorités mozambicaines ont permis de produire les effets et les objectifs attendus, c'est-à-dire, l'indépendance du Pouvoir judiciaire. Cette démarche nécessite, en tout premier lieu, de déterminer la méthode d'évaluation de l'indépendance du Pouvoir judiciaire, c'est-à-dire, le modèle auquel sera confronté la réalité mozambicaine (A), avant de procéder, concrètement, à cette évaluation (B).

A. Méthode d'évaluation de l'indépendance du Pouvoir judiciaire: l'évaluation basée sur les standards internationaux

¹²⁶ RENOUX T., «Le poids de la Constitution dans les réformes de la justice», in *Réforme de la justice, Réforme de l'État*, PUF, 2003, p. 116 et s.

¹²⁷ CHIBBONTA B., *A comparative analysis of judicial independence in Zambia and South Africa: security of tenure, appointment and removal procedures*, op. cit., p. 1; KAHN ZEMANS F., «The accountable judge: Guardian of judicial independence», in <http://www.usc.edu/dept/law/symposia/judicial/pdf/zemans.pdf>, p. 11 et s.

¹²⁸ CHAMBAL H.P., *A Denegação de Justiça como Fundamento da Responsabilidade Civil por Actos Jurisdicionais*, Maputo, Ministério da Justiça – Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2009.

¹²⁹ PRÉFONTAINE D.C., LEE J., op. cit., p. 13.

¹³⁰ GOMES CANOTILHO J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 663.

¹³¹ TRINDADE J.C., DA SILVA T., *Inquiry into the Judicial Magistracy*, op. cit., p. 57.

¹³² *Petit Robert 1*, voir, «Évaluer».

Pour procéder à la comparaison de la situation concrète de l'indépendance du Pouvoir judiciaire au Mozambique, il faut déterminer un modèle de référence. Ce modèle sera dessiné autour des standards internationaux en la matière (b); ce qui implique, préalablement, de présenter leurs sources (a).

a) Les sources des standards internationaux

Depuis les années 80, plusieurs standards internationaux relatifs à l'indépendance de la Justice ont été approuvés par diverses entités publiques ou privées. De l'ensemble de ces instruments on peut détacher, notamment, Les *Minimum Standards of Judicial Independence* adoptés par l'*International Bar Association* en 1982, les *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature* adoptés par le septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants et confirmés par l'Assemblée Générale dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985¹³³, les *Procédures pour la mise en œuvre effective des Principes sur l'indépendance de la magistrature* adoptées par le Conseil Économique et Social des Nations Unies le 24 mai 1989¹³⁴, 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* adoptée par le Comité des Ministres le 13 octobre 1994, les *Beijing Statement of Principles on the Independence of the Judiciary in the LAWASIA Region*, adopté par la Sixième Conférence des Présidents des Cours Suprêmes d'Asie et du Pacifique le 19 août 1995¹³⁵, les *Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire* adoptés par le Groupe judiciaire sur le renforcement de l'intégrité de la justice révisé lors de la table ronde des premiers présidents organisés au Palais de la Paix à la Haye les 25 et 26 novembre 2002¹³⁶ et la *Déclaration du Caire sur l'indépendance de la magistrature* adoptée par la deuxième Conférence des pays arabes sur la justice les 21 et 24 février 2003 et la *Résolution sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique ("Déclaration de Dakar" – 1999)*¹³⁷. On peut également ajouter à ces standards internationaux les dispositions relatives à l'indépendance de la magistrature consacrée dans plusieurs conventions internationales de caractère universel¹³⁸ ou régional¹³⁹. Toutefois, ces textes restent lettre morte s'ils ne sont pas respectés en droit interne¹⁴⁰.

b) Le contenu des standards internationaux

¹³³ In *Recueil d'instruments internationaux*, Nations Unies, New-York, 1988, p. 266 et s.

¹³⁴ Résolution 1989/60 du 24 mai 1989, in <http://www.legislationline.org/legislation.php?tid=112&lid=4446>

¹³⁵ BRENNAN G., "The significance of the Beijing Statement of Principles of the Independence of the Judiciary", in http://www.hcourt.gov.au/speeches/brennanj/brennanj_manila.htm

¹³⁶ *Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct*, The Judicial Integrity Group, March 2007, in http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf.

¹³⁷ In, COMMISSION AFRICAINE, *Sélection de documents-clé de l'Union Africaine relatifs aux droits de l'homme*, PULP, 2006, p. 203 et s.

¹³⁸ Article 10 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme; alinéa 1 de l'Article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹³⁹ Voir, par exemple, l'Article 26 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

¹⁴⁰ La Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit dans son Article 26 que tout traité en vigueur lie les parties (*Pacta sunt servanda*) et doit être exécuté par elles de bonne foi. En outre, l'Article 27 de la même convention dispose qu'une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. C'est donc dire qu'en ratifiant les traités internationaux ou régionaux, l'État partie s'engage à ce que son droit interne soit conforme aux garanties prévues par les conventions ou traités qu'il a ratifié.

Le contenu des standards internationaux est extrêmement riche¹⁴¹. On s'en tiendra, principalement, au noyau dur consacré par ces standards, c'est-à-dire, la reconnaissance formelle de l'indépendance du Pouvoir judiciaire (1) et de la mise en œuvre de «*trois conditions minimum*»¹⁴² caractérisant l'indépendance de la magistrature (2).

1. La reconnaissance formelle de l'indépendance du Pouvoir judiciaire

Malgré le fait reconnu que «*The adoption of constitutional proclamations of judicial independence do not automatically create or maintain an independence judiciary*»¹⁴³, on peut observer que les standards internationaux recommandent la consécration de l'indépendance de la magistrature dans la Constitution ou la législation nationale¹⁴⁴.

2. Les conditions matérielles de l'indépendance du Pouvoir judiciaire

Les standards internationaux établissent de nombreuses conditions susceptibles de mieux garantir l'indépendance de la magistrature. On s'attachera exclusivement aux conditions minima de cette garantie, c'est-à-dire, la sécurité de l'emploi (2.1.), la sécurité financière (2.2.) et l'indépendance institutionnelle (2.3.).

2.1. La sécurité de l'emploi

La sécurité de l'emploi est généralement retenu par les standards internationaux comme essentielle pour garantir l'indépendance individuelle des magistrats¹⁴⁵. Ainsi, cette condition implique que «*La durée du mandat des juges, leur indépendance, leur sécurité, leur rémunération appropriée, leurs conditions de service, leurs pensions et l'âge de leur retraite sont garanties par la loi*». Elle implique également que «*Les juges, qu'ils soient nommés ou élus, sont inamovibles tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge obligatoire de la retraite ou la fin de leur mandat*». Elle induit aussi que «*La promotion des juges, lorsqu'un tel système existe, doit être fondée sur des facteurs objectifs, notamment leur compétence, leur intégrité et leur expérience*»¹⁴⁶.

2.2. La sécurité financière

La sécurité financière est aussi considérée comme une composante essentielle par les standards internationaux¹⁴⁷. Trois aspects se détachent particulièrement. Le premier est lié à la garantie organique de la fixation de la rémunération et des pensions des magistrats; c'est le législateur (la loi) qui détermine leur montant. Le second est lié au contenu – garantie matérielle - de ses rémunérations et pensions, il doit être, pour paraphraser les *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature (1985)*, «*approprié*». Finalement, le dernier aspect est lié au degré d'interférence et d'arbitraire du Pouvoir exécutif dans la procédure de fixation de ces sources de financement des rémunérations des magistrats. Cet aspect est particulièrement mis en évidence dans la procédure d'élaboration du budget de l'État qui est, en règle générale, de la compétence du Gouvernement.

¹⁴¹ Cf. références supra sur les standards internationaux.

¹⁴² *Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct*, op. cit., p. 36.

¹⁴³ *Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct*, *Ibidem*

¹⁴⁴ Voir, par exemple, *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature (1985)*.

¹⁴⁵ Voir, par exemple, *Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct*, op. cit., p. 36.

¹⁴⁶ *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature (1985)*.

¹⁴⁷ *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature (1985)*; *Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct*, op. cit., p. 37.

2.3. L'indépendance institutionnelle

L'indépendance institutionnelle est celle qui a trait aux matières directement liées à l'administration de la justice et à l'exercice de la fonction juridictionnelle. Autrement dit, une entité externe ne peut interférer dans les matières qui ont un lien direct et nécessaire avec la fonction de juger. L'indépendance institutionnelle est également consacrée comme une composante essentielle de l'indépendance des juges¹⁴⁸. Par exemple, les *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature* (1985), considèrent comme élément prépondérant de l'indépendance institutionnelle le fait que «*La distribution des affaires aux juges dans la juridiction à laquelle ils appartiennent est une question interne qui relève de l'administration judiciaire*».

B. L'évaluation de l'indépendance du Pouvoir judiciaire mozambicain

Le fait que 87% des magistrats judiciaires mozambicains, interrogés dans une étude récente, considèrent que l'indépendance du Pouvoir judiciaire s'est renforcée¹⁴⁹ et constitue un élément essentiel du profil du juge (74%)¹⁵⁰ ne doit pas conduire à conclure que l'indépendance est *ipso facto* acquise ou existe réellement au Mozambique. La dimension de l'indépendance du Pouvoir judiciaire est complexe et se présente sous une multitude de variables qu'il est nécessaire d'analyser pour essayer de mieux comprendre la réalité du phénomène au Mozambique. Si l'on doit admettre que les standards internationaux sont, dans leur grande majorité, formellement consacrés (a), on doit admettre, également, que l'indépendance judiciaire est toute relative dans ce pays (b).

a) La consécration formelle d'un minimum de standards internationaux

Les principaux standards internationaux sont consacrés au plus haut niveau de la hiérarchie des normes et pour toutes les justices (1). La loi consacre, également, pour chacune d'elles, ces standards en les complétant par d'autres ce qui contribue à créer une hétérogénéité de régimes (2).

1. Des droits garantis pour tous les juges

L'ordre constitutionnel mozambicain consacre des droits communs à tous les magistrats quel que soit leur juridiction d'affectation. Autrement dit, malgré des statuts différents - justice judiciaire, justice administrative, justice constitutionnelle - un minimum de droits est garanti pour tous les juges. On a déjà abordé ces droits et libertés dans la première et seconde partie de cette étude. A titre redondant, on mentionnera simplement:

- le principe d'indépendance (Article 217);
- le principe d'impartialité (Article 217);
- le principe d'irresponsabilité (Article 217);
- le principe de séparation des pouvoirs (Article 134);
- l'existence d'organes de gestion et de discipline de la magistrature (articles 220 et 232).

¹⁴⁸ *Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct*, op. cit., p. 37.

¹⁴⁹ TRINDADE J.C., DA SILVA T., *Inquiry into the Judicial Magistracy*, op. cit., p. 60.

¹⁵⁰ TRINDADE J.C., DA SILVA T., op. cit., p. 73.

Toutefois, cette uniformité de droits et libertés ne doit pas masquer l'existence de statuts différents.

2. Une hétérogénéité de statuts

Sans entrer dans les détails de chacun des statuts, on peut observer que se détache deux types ou groupes de statuts (hormis celui des juges constitutionnels qui a lui aussi ces spécificités). Le premier type de statut est celui des magistrats judiciaires. Il se caractérise par son amplitude puisqu'il aborde l'ensemble des droits et devoirs des magistrats, la gestion du corps et sa discipline. C'est le Statut de la Magistrature qui régleme, pour l'essentiel, ces différents éléments. D'un autre côté, il existe un ensemble de statuts régulant les magistratures administrative, fiscale et douanière avec des spécificités propres à chaque statut mais qui se caractérisent, ou par l'absence de garanties fondamentales¹⁵¹ ou par une intervention du Pouvoir exécutif dans la gestion du corps¹⁵². Cette situation n'est pas satisfaisante. Malgré le fait que le statut d'«autogouvernement» des magistrats judiciaires é constitutionnellement consacré dans la Constitution en ce qui concerne la composition et les compétences du Conseil Supérieur de la Magistrature Judiciaire ce qui lui confère une protection et une garantie maximales dans l'ordre juridique interne, au contraire, l'Article 232 de la Constitution qui consacre l'existence d'un Conseil Supérieur de la Magistrature Judiciaire Administrative, n'établit pas sa composition et ses compétences. La Loi Fondamentale attribue au législateur ordinaire la compétence de réguler l'organisation, la composition et le fonctionnement de cet organe de gestion et de discipline de la magistrature administrative, fiscale et douanière (n.º 2 de l'Article 232 de la Constitution). Cette situation est difficilement acceptable parce qu'elle crée une situation d'inégalité entre les deux ordres de juridictions. L'ordre juridictionnel administratif ne bénéficie pas des garanties constitutionnelles dont bénéficie l'ordre juridictionnel commun en ce qui concerne la protection de son «autogouvernement». Dans cette perspective, une révision de certaines dispositions constitutionnelles s'impose pour corriger cet état de fait. Une révision de l'Article 232 de la Constitution apparait comme nécessaire ainsi que l'introduction de nouvelles dispositions dans la SECTION III du CHAPITRE III du TITRE IX pour établir un parallèle statutaire nécessaire avec les dispositions constitutionnelles qui régulent l'«autogouvernement» de la magistrature judiciaire.

b) L'absence d'une indépendance substantielle du Pouvoir judiciaire

Les *Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct* ont bien posé le problème: «*Judicial independence encompasses independence from all forms of outside influence*»¹⁵³. De même, LUÍS FILIPE SACRAMENTO a très bien souligné que: «... la question de fond qui se pose est celle de savoir s'il suffit de consacrer dans une Constitution des principes comme celui de l'indépendance, de l'inamovibilité, de l'impartialité, et de l'irresponsabilité du juge et d'affirmer que les tribunaux sont des organes de souveraineté, pour conclure, immédiatement, que l'on se trouve devant un Pouvoir Judiciaire indépendant»¹⁵⁴. MARIA DAKOLIAS a bien montré, également, dans son étude sur *The*

¹⁵¹ La composition du Conseil Supérieur de la Magistrature Judiciaire Administrative n'est pas établie par la Constitution, comme cela est le cas pour le Conseil de la Magistrature Judiciaire, mais a été renvoyée à l'approbation d'une loi (article 232 de la Constitution).

¹⁵² C'est le cas, en particulier, pour la magistrature douanière.

¹⁵³ *Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct*, op. cit., p. 39.

¹⁵⁴ SACRAMENTO L.F., "Poder Judicial, Governo e Administração: a Experiência Moçambicana", op. cit., p. 170.

*Judicial Sector in Latin America and the Caribbean*¹⁵⁵ que l'indépendance du Pouvoir judiciaire ne se résume pas seulement à la liberté du juge par rapport à l'influence du Pouvoir politique mais qu'elle incluait également des aspects structurel, organisationnel et administratif qui concourent, chacun à leur niveau, à la consolidation réelle et concrète de l'indépendance du Pouvoir juridictionnel¹⁵⁶; comme l'a reconnu l'auteur précité: «*However, these structural mechanisms in Latin American constitutions have not guarantee the courts' decisions making autonomy or substantive independence*»¹⁵⁷. Ce sont toutes ces dimensions qu'il faudra mettre en parallèle pour évaluer l'indépendance réelle du Pouvoir judiciaire au Mozambique. On articulera l'ensemble de ces éléments autour des deux dimensions traditionnellement consacrées de l'indépendance de la magistrature¹⁵⁸: l'indépendance individuelle (1) et l'indépendance institutionnelle (2)¹⁵⁹. Néanmoins, on ne doit pas entendre cette distinction comme exclusive. En effet, «*... an individual judge may possess that state of mind, but if the court over which he or she presides is not independent of the other branches of government in what is essential to its functions, the judge cannot be said to be independent*»¹⁶⁰. Autrement dit, l'absence d'indépendance institutionnelle prévaut sur l'indépendance individuelle du magistrat.

1. Les magistrats mozambicains sont-ils individuellement indépendants?

Se référer à la dimension individuelle de l'indépendance du juge, c'est se référer concrètement à l'indépendance de fait du magistrat. Au Mozambique, cette indépendance de fait est contrariée, principalement, par la dépendance, quasi chronique du magistrat, vis-à-vis du pouvoir économique et financier (1.1.), ce qui a entraîné la défiance de l'opinion publique envers la corporation des magistrats (1.2.).

1.1. La dépendance du pouvoir économique et financier

L'indépendance individuelle des juges est étroitement liée à un état d'esprit (indépendant) qui dépend, pour une grande part, de la situation de fait dans laquelle se trouve le magistrat, principalement de l'existence de conditions économiques (1.1.1.) et financières (1.1.2.) suffisantes pour lui permettre d'exercer ses fonctions dans de bonnes conditions. Les carences existantes dans ces deux domaines entraînent, inévitablement, des conséquences extrêmement négatives sur l'effectivité de l'indépendance des magistrats et des tribunaux (1.1.3.).

1.1.1. Des conditions économiques encore insuffisantes

Malgré des ajustements salariaux récents, on doit reconnaître que, à l'exception des salaires des juges de la Cour Suprême, les salaires des magistrats sont inférieurs à ceux offerts dans le secteur privé pour une formation équivalente et, par conséquent, ne sont pas suffisamment attractifs pour les jeunes juristes bien formés. De plus, les salaires ne sont pas toujours versés dans les délais requis¹⁶¹. Autrement dit, même si les salaires des magistrats

¹⁵⁵ DAKOLIAS M., *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform*, World Bank Technical Paper n.° 319, 1996.

¹⁵⁶ Idem, pp. 8-9.

¹⁵⁷ DAKOLIAS M., *ibid.*, p. 8 note 31. Voir également, en matière de protection des droits de l'homme, HERNÁNDEZ AGUILAR A., "El papel del juez en los albores del siglo XXI", *op. cit.*, p. 3.

¹⁵⁸ Voir, par exemple, *Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct*, *op. cit.*, p. 35.

¹⁵⁹ Cette distinction (indépendance fonctionnelle et personnelle) a été consacrée, formellement, dans la Constitution de la République Hellénique (n.° 1 de l'Article 87).

¹⁶⁰ DAKOLIAS M., *op. cit.*, p. 8 note 31.

¹⁶¹ AA. VV., "O sistema judicial: os recursos e o movimento processual", *op. cit.*, p. 348.

judiciaires sont bien supérieurs aux salaires moyens dans les autres secteurs de la fonction publique, il n'empêche qu'ils demeurent encore bien inférieurs aux rémunérations proposées par le secteur privé à niveau égal de formation¹⁶². En outre, pour ce qui concerne les juges élus, la Loi Organique des Tribunaux Judiciaires (1992) prévoyait que le Gouvernement devait adopter une réglementation complémentaire fixant le montant des compensations à leur attribuer. Cette réglementation a été approuvée par le Décret n.º 3/96, du 10 janvier que réglemente le principe selon lequel aux «*Juges élus est due une compensation, pour leur participation à l'Administration de la Justice*»¹⁶³. Les montants des compensations prévus dans l'Article 2 du Décret susmentionné n'ont été actualisés qu'au mois d'octobre 2010!¹⁶⁴ De même, dans la pratique, les droits formellement prévus dans le Statut de la Magistrature, n'ont pas été, dans la plupart des cas, dument concrétisés¹⁶⁵. Certains commentateurs se sont montrés très tolérants avec la réalisation de ces droits matériels et financiers. Par exemple, LUÍS MONDLANE a reconnu que: «*Yet, given the present economic constraints that Mozambique faces, it is simplistic to expect that all these conditions can be fully met*» et a confessé que: «*It is rather tricky situation when a judge has to take a lift from a defendant or party in a case that is going to trial*»¹⁶⁶. JOSÉ NORBERTO CARRILHO et EMÍDIO RICARDO NHAMISSITANE, d'une forme plus péremptoire écrivaient en 1991: «*Dans mon pays, la situation de pénurie absolue – qui met plus de 5 millions d'êtres humains dans une situation de risque pour des raisons de faim, guerre et maladies endémiques -, il serait injurieux et immoral de réclamer que le peu de ressources budgétaires fussent canalisées prioritairement pour le secteur de la justice*»¹⁶⁷. On peut entendre et comprendre la position de ces auteurs qui ont défendu ces positions il y a dix ou vingt ans; mais aujourd'hui, peut-on considérer que ces arguments sont toujours aussi valides?

1.1.2. Des conditions financières sans rapport avec les réalités et les besoins

Ces dernières années les lignes budgétaires se sont maintenues quasiment inchangées en volume, empêchant, en conséquence, toute perspective concrète de développement du secteur de la Justice et, en particulier, de l'expansion du réseau judiciaire dans le pays¹⁶⁸. En outre, «*Budget allocations are used in some instances to undermine the independence of the judiciary*»¹⁶⁹. L'étude de leur évolution peut faire penser même que le secteur de la Justice

¹⁶² Moçambique. *O Sector da Justiça e o Estado de Direito*, op. cit., p. 58.

¹⁶³ Dans la pratique, il n'y a pas eu une véritable volonté politique d'avancer avec l'élection des juges. Les procédures électives n'ont jamais été mises en œuvre et, dans de nombreux tribunaux, des juges élus par les anciens tribunaux populaires dans les années 1970 ont été maintenus en fonction. Cf. Moçambique. *O Sector da Justiça e o Estado de Direito*, op. cit., p. 56; voir également, TRINDADE J.C., DA SILVA T., *Inquiry into the Judicial Magistracy*, op. cit., p. 70 et s. Sur une critique de la figure du «juge élu», cfr. TIMBANE T., «O Poder Judicial no Projecto da Constituição», in, *Contributo para o Debate Sobre a Revisão Constitucional*, Coordenação GILLES CISTAC, Universidade Eduardo Mondlane, Ed. Faculdade de Direito 2004, pp. 132-133.

¹⁶⁴ L'Article 1 de l'Arrêté Ministériel n.º 159/2010, du 6 Octobre fixe les montants suivants: Juges élus de la Cour Suprême: 375,00MT; Juges élus des autres juridictions: 175,00MT. (1 USD = 26 meticaïs).

¹⁶⁵ AA. VV., «O sistema judicial: os recursos e o movimento processual», op. cit., p. 322. Toutefois, récemment, le Conseil des Ministres, par le Décret n.º 59/2010, du 20 de Dezembro, a décidé que: «*As despesas de água e electricidade das residências dos Magistrados Judiciais são suportadas pelo Orçamento do Estado, através da rubrica de despesas de funcionamento dos respectivos tribunais, conforme a tabela que se segue ...*».

¹⁶⁶ MONDLANE L., «Mozambique. Nurturing Justice from Liberation Zones to a Stable Democratic State», op. cit., p. 197.

¹⁶⁷ CARRILHO J.N., NHAMISSITANE E.R., *Alguns aspectos da Constituição*, op. cit., p. 22.

¹⁶⁸ AA. VV., «O sistema judicial: os recursos e o movimento processual», op. cit., p. 331; *Discurso do Presidente do Tribunal Supremo, por ocasião da abertura do ano judicial de 2012*, op. cit., p. 13.

¹⁶⁹ KNAUL G., *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers*, Human Rights Council, General Assembly, United Nations, A/HRC/17/30/Add.2, 21 April 2011, n.º 24.

n'est pas une priorité du Gouvernement¹⁷⁰. Les difficultés matérielles ont été reconnues, solennellement, au plus haut niveau de l'appareil judiciaire¹⁷¹. C'est surtout au niveau des tribunaux judiciaires de district que le manque de moyens est le plus visible; comme écrivent JOAO CARLOS TRINDADE et TEREZINHA DA SILVA: « ... *the necessary human and material conditions have not yet been created to enable them to function according to their respective competences*»¹⁷². Autrement dit, «*In spite of efforts made to improve the logistic conditions and the equipment of the courts, at district as well as provincial level, the situation is still far from desirable*»¹⁷³. Les carences sont donc très nombreuses et, par voie de conséquences, les dépendances aussi: dépendance vis-à-vis du pouvoir économique ou financier pour ce déplacer, pour avoir accès à du matériel (mobiliers, équipements informatiques, consommables), pour communiquer (téléphone), pour se loger et avoir accès au Journal officiel et à la littérature juridique d'une forme générale¹⁷⁴. En ce sens le Président du Tribunal de la Province de Nampula a lancé un appel remarqué: «*The conditions in which the judge, at provincial level, performs his duties are a shame*»¹⁷⁵.

1.1.3. Les conséquences de l'absence de moyens économiques et financiers

LUIÍS MONDLANE a très bien énoncé le problème: «*If the state does not comply the law in allocating the adequate entitlements for judges that may jeopardize the independence of the judiciary. When the impartiality of the court is threatened, the legitimacy of the court system is also at risk. In a nutshell, the crisis affecting the judiciary and the legal system stems from problems of legal legitimacy that are compounded by the scarcity of material and human resources*»¹⁷⁶. Il en résulte, concrètement, que l'absence de moyens a eu pour conséquences de créer un espace ou un environnement propice au surgissement de suspicions ou d'amalgames (1.1.3.1.), de susciter la corruption (1.1.3.2.), d'empêcher le fonctionnement normal de l'institution judiciaire (1.1.3.3.) et de permettre le recrutement des juristes les moins bien qualifiés, en règle générale (1.1.3.4).

1.1.3.1. La création d'amalgames

L'état de dépendance économique et/ou financière peut également créer, dans l'esprit du public, un amalgame qui ne s'accorde guère avec l'indépendance de la magistrature. Par exemple, dans une étude réalisée par AfriMAP et la *Open Society Initiative for Southern Africa*, un juge a pu déclarer: «*Comme juge, je vis dans une maison qui appartient au FRELIMO, le parti au pouvoir. Mon appartement se situe dans le même immeuble que celui*

¹⁷⁰ La *Politique de Défense de la Légalité et de l'Organisation de la Justice* adoptée en 2001 prévoyait, formellement, comme un de ses objectifs spécifiques: «*Promouvoir et assurer les moyens nécessaires pour le fonctionnement des Tribunaux ...*» et «*Promouvoir l'extension des infrastructures nécessaires au fonctionnement des institutions du secteur de la justice*».

¹⁷¹ *Discurso do Presidente do Tribunal Supremo, por ocasião da abertura do ano judicial de 2008*, op. cit., p. 3 et p. 8; *Discurso do Presidente do Tribunal Supremo, por ocasião da abertura do ano judicial de 2011*, op. cit., p. 15; *Discurso do Presidente do Tribunal Supremo, por ocasião da abertura do ano judicial de 2012*, op. cit., p. 6 et s.

¹⁷² TRINDADE J.C., DA SILVA T., *Inquiry into the Judicial Magistracy*, op. cit., p. 21.

¹⁷³ Idem, p. 59.

¹⁷⁴ L'accès à la législation, à la doctrine et à la jurisprudence a été considéré par les magistrats judiciaires comme une mesure essentielle pour l'amélioration de leur performance (TRINDADE J.C., DA SILVA T., op. cit., p. 66); son absence induit certaines difficultés «*to base the decision on*» (TRINDADE J.C., DA SILVA T., ibid., p. 80).

¹⁷⁵ *Savana* 17/12/2004.

¹⁷⁶ MONDLANE L., «*Mozambique. Nurturing Justice from Liberation Zones to a Stable Democratic State*», op. cit., p. 197.

du siège du parti, et ceci est largement commenté. Pendant les dernières élections, j'ai eu à juger certains membres du parti de l'opposition, la RENAMO, dans un procès relatif à un acte électoral illégal. Il y a eu beaucoup d'insinuations du type qu'ils seraient jugés par un juge qui vit aux frais du FRELIMO. C'est un problème que j'ai porté à l'attention du tribunal provincial, mais il paraît que le problème est l'absence de fonds pour louer ou acheter une maison en ville»¹⁷⁷. Ainsi, il peut exister des situations, tout-à-fait réelles et concrètes, dans lesquelles, le juge, malgré sa bonne volonté, peut créer la perception selon laquelle, «*the judge's decisions could be coloured by coloured by such influences*»¹⁷⁸.

1.1.3.2. La dépendance économique et financière comme facteur de corruption

La dépendance économique conduit très souvent à la corruption ce qui implique une perte de confiance de la société dans sa justice. Le facteur confiance a été souligné avec force par les standards internationaux¹⁷⁹. On doit être très attentif aux conditions de travail et matérielles des juges car selon les juges eux-mêmes, elles constituent les causes principales de la corruption dans l'appareil judiciaire¹⁸⁰ et le principal problème de l'appareil judiciaire¹⁸¹.

1.1.3.3. Les difficultés de fonctionnement normal de l'institution judiciaire

La conséquence de ses déficiences, du point de vue du fonctionnement de l'institution judiciaire dans son ensemble, c'est que les tribunaux, dans leur immense majorité, pour atteindre un fonctionnement «normal» doivent adopter des mesures d'exception du type «*trabalho de campanha*»¹⁸² et la collaboration de fonctionnaires à la retraite sous contrat. C'est pour ces raisons que les résultats de l'année 2008 ont été jugés «bons»¹⁸³. Ceci démontre bien les limites de fonctionnement du système qui ne réussit pas à faire face à une demande normale des justiciables dans sa configuration actuelle et qui a besoin de recourir à des moyens qui lui sont étrangers pour fonctionner normalement. En outre, «*Similar to other Lusophone countries, significant part of a judge's time is spent in management of court affairs rather than adjudicating disputes. A number of judges complained about the difficulty and distraction involved in managing their cartórios*»¹⁸⁴.

1.1.3.4. Le défaut d'attrait pour la carrière de magistrat

Du point de vue pratique, on a pu relever que les droits extra-monétaires (habitation, transport, etc.) attribués formellement aux magistrats mozambicains par la législation en vigueur, dans les faits, ne se sont pas, dans la plupart des cas, concrétisés. Ceci a eu des conséquences extrêmement négatives en ce qui concerne la qualité du recrutement des magistrats. En effet, ce statut formellement compétitif, si l'on cumule le salaire de base et les droits extra-monétaires sur le marché du travail national, n'a pas réussi à attirer *de facto* les meilleurs juristes pour cause de son inconsistance. Au contraire, se sont les juristes les moins

¹⁷⁷ Moçambique. *O Sector da Justiça e o Estado de Direito*, op. cit., p. 58.

¹⁷⁸ *Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct*, op. cit., p. 38 et p. 43.

¹⁷⁹ *Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct*, op. cit., p. 42.

¹⁸⁰ L'étude réalisée par JOÃO CARLOS TRINDADE et TERESINHA DA SILVA révèle que: «*In relation to the three main causes of the judges' vulnerability to corruption (...) the respondents emphasized the lack of basic social conditions (82%), the lack of minimum working conditions (52%) ...*» (*Inquiry into the Judicial Magistracy*, op. cit., p. 63); MARP, *República de Moçambique. Relatório de Revisão do País*, 2011, p. 137.

¹⁸¹ TRINDADE J.C., DA SILVA T., op. cit., p. 87.

¹⁸² *Discurso do Presidente do Tribunal Supremo, por ocasião da abertura do ano judicial de 2008*, op. cit., p. 2

¹⁸³ *Ibidem*

¹⁸⁴ *Mozambique Legal and Judicial Sector Assessment*, op. cit., p. 28.

préparés scientifiquement, intellectuellement et culturellement qui sont amenés à exercer le métier de magistrat¹⁸⁵.

1.2. La défiance de l'opinion publique à l'égard des magistrats judiciaires

L'apparence d'indépendance est importante pour assurer la confiance du public dans le système judiciaire; comme l'a soulevé le juge LAMER, "*Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace (...) Le système judiciaire qui perd le respect du public perd son efficacité*"¹⁸⁶. Autrement dit, la confiance du public dans le système judiciaire est essentielle pour garantir son existence et son fonctionnement efficace. La confiance du public dans les institutions du secteur de la Justice est «assez faible»¹⁸⁷. Plusieurs situations ont montré la défiance de l'opinion publique mozambicaine pour «ses» juges. En particulier, deux faits ont été révélateurs du manque de confiance des mozambicains pour leur Justice. En premier lieu, le manque de progrès dans des enquêtes criminelles très médiatisées comme l'enquête sur l'assassinat du journaliste CARLOS CARDOSO¹⁸⁸ et de celui de l'économiste ANTÓNIO SIBA-SIBA MACUÁCUA¹⁸⁹, a augmenté la conviction des mozambicains selon laquelle les tribunaux n'étaient pas indépendants des intérêts politiques¹⁹⁰. En second lieu, l'enquête nationale réalisée sur les thématiques de la Gouvernance et la Corruption en 2003 a mis à jour le fait que près de la moitié du total des sondés *sont d'accord* ou *sont d'accord fortement* (47%) avec l'affirmation selon laquelle les tribunaux sont complètement dépendants du Gouvernement¹⁹¹. Ces faits sont relativement inquiétants dans la mesure où «l'objectif premier» de l'indépendance «qui est de conserver la confiance du public à l'égard du système judiciaire»¹⁹², n'a pas été visiblement atteint.

2. Les magistrats et les tribunaux mozambicains sont-ils institutionnellement indépendants?

Malgré l'affirmation constitutionnelle du principe de la séparation des pouvoirs qui implique, théoriquement, un contrôle réciproque de chacun des trois pouvoirs incluant, tout particulièrement, le judiciaire et conduisant à un équilibre du système¹⁹³, dans la pratique, cette indépendance est toute relative du fait de la nature présidentieliste du régime politique mozambicain (a). En outre, le Conseil Supérieur de la Magistrature Judiciaire qui devrait

¹⁸⁵ AA. VV., "O sistema judicial: os recursos e o movimento processual", op. cit., p. 323; *Mozambique Legal and Judicial Sector Assessment*, op. cit., p. 26.

¹⁸⁶ Arrêt de la Cour Suprême du Canada, R. c. Lippé, op. cit., p. 35.

¹⁸⁷ LEVY S., "Sector Legal/Justiça", in, PNUD, *Moçambique. Governação Democrática em Moçambique: Prioridades para a Segunda Geração, 2002-2006*, Estudos Ocasionalis 2, Maputo, 2000, p. 16; *Mozambique Legal and Judicial Sector Assessment*, op. cit., p. 26.

¹⁸⁸ Le journaliste CARLOS CARDOSO a été assassiné dans une rue de Maputo le 22 novembre 2000. Il enquêtait sur des affaires de corruption impliquant des personnalités politiques.

¹⁸⁹ L'économiste SIBA-SIBA MACUÁCUA était le chef du département de supervision bancaire de la Banque Centrale et avait été désigné pour enquêter sur la privatisation de la *Banco Austral* en avril 2001. Il a été assassiné sur son lieu de travail le 11 août 2001.

¹⁹⁰ *Moçambique. O Sector da Justiça e o Estado de Direito*, op. cit., p. 51.

¹⁹¹ UTRESP, *Pesquisa Nacional de Base Sobre Governação e Corrupção*, Relatório Final, Agosto 2005, p. 22.

¹⁹² RIVET M., "Les normes relatives à l'indépendance de la magistrature: une vision internationale pour le juge", op. cit., p. 4.

¹⁹³ Sur la doctrine de la séparation des Pouvoirs, voir, GONÇALVES FERREIRA FILHO M., *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Ed. Saraiva, 28. ed., 2002, p. 130 et s.; RIBEIRO BASTOS C., *Curso de Direito Constitucional*, Paulo, Ed. Saraiva, 22. ed., 2001, p. 352 et s.; BRADLEY A.W. et EWING K.D., *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Education Limited, Twelfth Ed. 1997, p. 89 et s.; CHANTEBOUT B., *Droit constitutionnel et science politique*, Paris, Ed. Armand Colin, 10.^e ed., 1991, p. 104 et s.

fonctionner comme un garant de l'indépendance de la magistrature face au Pouvoir exécutif, n'est pas encore suffisamment efficace pour réellement jouer ce rôle (b). Dans tous les cas, certains magistrats doutent de l'efficacité de la séparation des pouvoirs (c).

a) Le régime présidentiel et le Pouvoir judiciaire

Malgré la clarté du cadre constitutionnel, dans la pratique, on ne peut nier les interactions entre les pouvoirs. La propre Loi Fondamentale institue le principe d'«interdépendance» des organes de souveraineté¹⁹⁴ ce qui établit déjà un potentiel d'intervention des autres pouvoirs dans le domaine du Pouvoir judiciaire. On doit surtout resituer cette intervention dans le cadre de la forme de l'État mozambicain qui est de nature présidentieliste¹⁹⁵. En effet, la concentration des pouvoirs propre à ce système de gouvernement fait que le Président de la République intervient dans l'exercice des autres pouvoirs¹⁹⁶. Formellement, le Chef de l'État a une influence – au moins virtuelle – sur le Pouvoir judiciaire. Par les prérogatives que lui sont attribuées par la Loi Fondamentale notamment, celles de nommer les présidents des plus hautes juridictions du pays (Président de la Cour Suprême, Président du Conseil Constitutionnel, Président du Tribunal Administratif)¹⁹⁷, les juges de la Cour Suprême¹⁹⁸, les juges du Tribunal Administratif¹⁹⁹, du Procureur Général de la République, du Vice Procureur Général de la République²⁰⁰ et des Procureurs Généraux adjoints²⁰¹, et de la désignation de deux membres au Conseil Supérieur de la Magistrature Judiciaire²⁰², le Président de la République a une réelle capacité d'affecter le fonctionnement du Pouvoir judiciaire. En effet, en règle générale, le Chef de l'État ne désignera pas pour exercer ces fonctions stratégiques une personne qui n'est pas de sa

¹⁹⁴ Selon l'Article 134 de la Constitution: «Les organes de souveraineté reposent sur les principes de séparation et d'interdépendance des pouvoirs consacrés par la Constitution et doivent obéissance à la Constitution et aux lois». Toutefois, cette «interdépendance» est à sens unique et, curieusement, bénéficie toujours au Pouvoir exécutif. En effet, dans les relations Pouvoir exécutif et Pouvoir législatif, le premier peut dissoudre le second; à l'initiative des lois et peut approuver des décrets-loi. Dans les relations Pouvoir exécutif et Pouvoir judiciaire, le premier nomme les titulaires des juridictions suprêmes et désigne des représentants dans les organes de discipline et de gestion des différentes magistratures. Mais il est clair qu'il n'existe pas, dans le Gouvernement, des représentants du Pouvoir législatif ou du Pouvoir judiciaire. Voir, en particulier sur ces relations, CISTAC G., «Os Três Poderes do Estado», in, *Governança e Integridade em Moçambique. Problemas práticos e desafios reais*, Centro de Integridade Pública – Moçambique, Maputo, Abril de 2008, pp. 16-25; MARP, *República de Moçambique. Relatório de Revisão do País*, 2011, p. 124.

¹⁹⁵ Comme l'a souligné le MARP: «É patente que Moçambique está a enfrentar dificuldades no que diz respeito à separação de poderes e à autonomia dos poderes executivo, legislativo e judicial. Isto resulta da estrutura constitucional que estabelece um sistema em que o Presidente é forte e poderoso, apoiado pelo executivo, e do outro lado se encontra um sistema legislativo e judicial ineficaz, fraco e desprovido de recursos», *República de Moçambique. Relatório de Revisão do País*, 2011, p. 142.

¹⁹⁶ Sur la doctrine du «présidentialisme», voir, CANOTILHO GOMES J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 588; CHANTEBOUT B., *Droit constitutionnel et science politique*, op. cit., p. 352 et s. Sur le «présidentialisme mozambicain», voir CISTAC G., «O Conselho Constitucional como regulador do sistema jurídico-político»,

<http://www.cconstitucional.org.mz/UserFiles/File/tsave/Textos/OCCcomoreguladordodosistemajuridico.pdf>; CISTAC G., «Os Três Poderes do Estado», in, *Governança e Integridade em Moçambique. Problemas práticos e desafios reais*, op. cit.; MACUANE J.J., «O semipresidencialismo (?) em Moçambique (1986 a 2008)», in, *O Semipresidencialismo nos Países de Língua Portuguesa* (MARINA COSTA LOBO e OCTAVIO AMORIM NETO organizadores), Lisboa, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2009, pp. 171-199.

¹⁹⁷ Alinéa f) de l'Article 159 de la Constitution.

¹⁹⁸ N.º 3 de l'Article 226 de la Constitution.

¹⁹⁹ N.º 3 de l'Article 229 de la Constitution.

²⁰⁰ Alinéa h) de l'Article 159 de la Constitution.

²⁰¹ N.º 2 de l'Article 240 de la Constitution.

²⁰² Alinéa c) du n.º 1 de l'Article 221 de la Constitution.

confiance politique²⁰³. On peut souhaiter, alors, une meilleure protection structurelle et organique de l'indépendance des magistrats dans le processus de nomination tant en ce qui concerne les juges judiciaires que les magistrats du parquet. Cela ne veut pas dire forcément que les juges nommés par le Chef de l'État ne cultivent pas l'esprit d'indépendance, cela veut dire, simplement, qu'il existe un risque qu'il ne le soit pas. Finalement, le droit de grâce²⁰⁴ que le Chef de l'État peut actionner en vertu de ces prérogatives constitutionnelles, peut être légitimement mis en doute. Ce droit constitue une violation claire du principe de séparation des pouvoirs²⁰⁵ parce qu'il fait intervenir le Président de la République dans la propre exécution de décisions de justice ayant l'autorité de chose jugée. Ainsi, malgré le fait que les standards internationaux ont affirmé clairement que «*All the core of the concept of judicial independence is the theory of the separation of powers: that the judiciary, which is one of three basic and equal pillars in the modern democratic state, should function independently of the other two: the legislature and the executive*»²⁰⁶, on peut émettre des doutes légitimes sur la réalité de cette séparation dans l'ordre juridique mozambicain et ce, d'autant plus que, la séparation des pouvoirs, dans sa vision classique, ne prend pas en compte le phénomène des partis politiques. Le parti au pouvoir au Mozambique exerce, de fait, une régulation interinstitutionnelle qui, par delà la séparation formelle des pouvoirs constitutionnellement garantie, unifie, d'une certaine forme, l'action de chacun des trois pouvoirs de l'État empêchant une surveillance réelle de chacun sur les deux autres. Dans ces conditions, il est très difficile d'évaluer le degré de séparation des pouvoirs au Mozambique et de l'indépendance des tribunaux et des magistrats vis-à-vis du Pouvoir exécutif ainsi que l'impact des connections inappropriées entre les magistrats et certains de ces pouvoirs. En particulier, une étude réalisée en 2005 montrait que 32% des juges sont membres de partis politiques²⁰⁷.

b) Les difficultés du Conseil Supérieur de la Magistrature Judiciaire

Une étude relativement récente a montré les difficultés de fonctionnement de cet organisme qui rendent difficiles la concrétisation des objectifs qui lui sont assignés²⁰⁸, notamment, le faible nombre de fonctionnaires et d'inspecteurs affectés à son fonctionnement ne permet pas «*to supervise and inspect the conduct of affairs at the nation's court, let alone to pursue leads from the public regarding the performance or integrity of judges and court officials*»^{209 210}. En outre, la lutte contre la corruption dans le système judiciaire n'est pas une priorité du Conseil Supérieur de la Magistrature Judiciaire²¹¹. Une étude a conclu sur ce point que: «*Quite apart from the inadequacy of its staff – in terms of numbers and training – the methods by which the CSMJ handles complaints from the public leaves room for improvement*» et «*Finally, the CSMJ does not always take due advantage of some of its roles and responsibilities*»²¹².

²⁰³ Sur tous ces aspects, cfr., CISTAC G., "Os Três Poderes do Estado", op. cit., p. 19 et s.

²⁰⁴ Alinéa i) de l'Article 159 de la Constitution.

²⁰⁵ TURPIN D., *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 3.^e ed. 1997, p. 376.

²⁰⁶ *Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct*, op. cit., p. 43.

²⁰⁷ TRINDADE J.C., DA SILVA T., *Inquiry into the Judicial Magistracy*, op. cit., p. 43. L'article 37 du Statut de la Magistrature Judiciaire n'interdit pas au magistrat d'être membre d'un parti politique mais prohibe seulement d'avoir des fonctions dans un parti politique et de militer de façon active dans un parti politique.

²⁰⁸ KNAUL G., *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers*, op. cit., n.° 23.

²⁰⁹ *Mozambique Legal and Judicial Sector Assessment*, op. cit., p. 37.

²¹⁰ Sur le travail de l'inspection, voir également, TRINDADE J.C., DA SILVA T., *Inquiry into the Judicial Magistracy*, op. cit., p. 65.

²¹¹ *Mozambique Legal and Judicial Sector Assessment*, op. cit., p. 37.

²¹² *Ibidem*

c) Les magistrats et la séparation des pouvoirs

L'étude publiée en 2006 par AfriMAP et la *Open Society Initiative for Southern Africa*, a également montré que les magistrats n'étaient pas tous convaincus de l'efficacité de la séparation constitutionnelle des pouvoirs. En effet, les juges et les procureurs qui ont été interviewés à l'occasion de cette enquête ont affirmé avoir reçu des pressions notamment, à travers d'appel téléphonique, leur enjoignant de donner des instructions aux tribunaux de hiérarchie inférieure²¹³. Toutefois, si l'on en croit un Conseiller près de la Cour Suprême, «*Dans la réalisation de leurs fonctions, les tribunaux et les juges n'ont pas été sujets à de graves ingérences que ce soit de la part de l'exécutif ou que ce soit de la part du législatif. Les «coups de téléphone», les «conseils», les «recommandations» les «suggestions amicales» sont rares*»²¹⁴. Ceci signifie, pour le moins, que ces interventions existent! En outre, un magistrat avait affirmé, lors d'une entrevue à l'équipe d'AfriMAP: «*Que garantia existe de independência dos tribunais e juizes se as nomeações, de cima até abaixo, são controladas pelo Executivo? O Presidente do Tribunal Supremo é nomeado pelo Presidente da República, e ele nomeia todos os outros juizes conselheiros do Tribunal Supremo, os juizes provinciais, e estes juizes, com efeito, determinam a nomeação dos juizes dos tribunais inferiores*»²¹⁵. Autrement dit, selon GABRIELA KNAUL: «*Many stakeholders are concerned about “the natural and unwritten loyalty” that high-ranking officials may consider they owe to those who nominated them and hold the power to dismiss them without justification*»²¹⁶. Les avocats ont également témoigné qu'ils n'avaient aucun doute quant à l'existence de pressions sur les juges et les procureurs provenant de ministères et d'autres organes du Pouvoir exécutif²¹⁷. Pour partie, ces comportements sont dus à une longue expérience de l'autorité étatique centralisée. En effet, on peut avancer que, historiquement, les titulaires du pouvoir exécutif local ont eu, pour plusieurs raisons, à connaître de questions de la compétence des tribunaux, en particulier, parce qu'ils recevaient des pressions pour combler le vide laissé par les magistrats qui étaient retournés à la métropole à l'indépendance²¹⁸. On peut penser que la transition n'a pas été facile. Dans les années 80, une des parties mécontente du prononcé du Tribunal Provincial ou de District, recourrait au Gouverneur de Province convaincue que ce dernier avait tout les pouvoirs y compris celui de réformer les décisions de justice²¹⁹ et encore récemment, une étude a révélé qu'il existait des situations dans lesquelles des administrateurs de district avaient interféré dans des procédures judiciaires²²⁰.

III. LA RECHERCHE DE SOLUTIONS ADAPTÉES POUR MIEUX GARANTIR UNE EFFECTIVE INDÉPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE

On vient de vérifier, dans les développements antérieurs, qu'il existe une dépendance réelle et certaine du Pouvoir judiciaire vis-à-vis des autres pouvoirs de l'État même si cette dernière est difficile à mesurer et, plus particulièrement, vis-à-vis du Pouvoir exécutif ce qui porte à croire et à penser que l'indépendance des magistrats est assez relative au Mozambique.

²¹³ Moçambique. *O Sector da Justiça e o Estado de Direito*, op. cit., p. 51.

²¹⁴ CARRILHO J.N., NHAMISSITANE E.R., *Alguns aspectos da Constituição*, op. cit., p. 23.

²¹⁵ Moçambique. *O Sector da Justiça e o Estado de Direito*, op. cit., p. 55. Voir également, TRINDADE J.C., DA SILVA T., *Inquiry into the Judicial Magistracy*, op. cit., p. 66.

²¹⁶ KNAUL G., *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers*, op. cit., n.º 33.

²¹⁷ Moçambique. *O Sector da Justiça e o Estado de Direito*, op. cit., p. 51.

²¹⁸ CARRILHO J.N., NHAMISSITANE E.R., *Alguns aspectos da Constituição*, op. cit., p. 22.

²¹⁹ *Ibidem*

²²⁰ Moçambique. *O Sector da Justiça e o Estado de Direito*, op. cit., pp. 52-53.

Les manifestations de cette «subordination» sont diverses et variées et plus ou moins consistantes en fonction de la personne du magistrat ou de la juridiction sujette à ces manifestations d'autorité. Une révision constitutionnelle pourrait-elle apporter des solutions positives pour corriger cette absence d'indépendance substantielle du Pouvoir judiciaire? Dans tous les cas, rien ne s'oppose à ce que l'on s'interroge sur les possibles renforts des garanties de nature constitutionnelle que seraient mieux à même de consolider l'indépendance personnelle (A) et institutionnelle des magistrats et des tribunaux judiciaires (B).

A. Comment une révision constitutionnelle pourrait renforcer l'indépendance individuelle des magistrats judiciaires?

L'indépendance individuelle des magistrats judiciaires dépend essentiellement de l'existence de conditions économiques et financières capables de soutenir et d'assurer cette indépendance, c'est-à-dire, de permettre aux magistrats judiciaires d'exercer leurs fonctions dans de bonnes conditions matérielles. La question pourrait se limiter à un problème purement budgétaire, mais, même sous cet angle, ce que l'on a qualifié d'«*autonomie financière des Tribunaux*»²²¹ ou d'«*indépendance financières des tribunaux*»²²² n'est pas un objectif constitutionnel facile à atteindre. Dans cette perspective, pour le moins deux questions peuvent se poser. La première serait de savoir comment garantir un volume suffisant de ressources financières à l'Administration de la Justice pour assurer son fonctionnement adéquat? (a); la seconde serait de s'interroger sur le fait de savoir qu'elle serait la ou les procédures les plus adaptées pour garantir que ce volume de ressources soit utilisé avec efficacité (b)? En outre, l'indépendance personnelle du magistrat soulève le délicat problème de l'appartenance de ces derniers à une organisation politique (c).

a) La garantie constitutionnelle d'un volume suffisant de ressources financières pour l'Administration de la Justice

Comment concevoir des mécanismes constitutionnels que permettraient de générer des ressources adéquates pour permettre au Pouvoir judiciaire d'assurer ses fonctions dans de bonnes conditions et ainsi, suivre les recommandations établies par les standards internationaux²²³? Sur ce thème, on doit être attentif au contenu du *Communiqué Final de la V Conférence des Présidents des Cours Suprême de Justice des Pays et Territoires de Langue Portugaise*²²⁴. Deux aspects, en particulier, de ce *Communiqué*, méritent d'être soulignés. En premier lieu, la Conférence a déterminé que: "*L'indépendance du pouvoir judiciaire doit être totale et par conséquent, inclure la dimension économique, ce qui ne s'identifie pas avec une pleine autonomie administrative et financière définie par la loi pour les services sous tutelle de l'Administration Publique*". En second lieu, la Conférence a adopté une position directement en rapport avec les présupposés constitutionnels d'une garantie financière des tribunaux judiciaires en affirmant "*Pour une meilleure indépendance financière des Tribunaux, il serait utile qu'elle fût consacrée par la norme constitutionnelle, incluant dans la prévision de financement par le budget de l'État un montant non inférieur à un pourcentage déterminé de ce budget*". Cette proposition pourrait être très bien consacrée à l'occasion de la

²²¹ Communiqué Final de la V Conférence des Présidents des Cours Suprême de Justice des Pays et Territoires de Langue Portugaise, 27 à 29 octobre 2003, Macao, in, <http://www.stj.pt/cptlp/?idm=95&sid=78>

²²² QUIRINO DO NASCIMENTO SOUZA JÚNIOR A., "Da independência financeira dos Tribunais estaduais e a separação dos poderes", in, <http://jusvi.com/artigos/40173>

²²³ Voir, par exemple, la "*Déclaration de Dakar*".

²²⁴ Cette Conférence s'est tenue à Macao du 27 au 29 octobre 2003 et portait sur le thème: "*L'autonomie administrative et financière des Services des Tribunaux comme garantie et renfort de l'indépendance du pouvoir judiciaire*".

révision constitutionnelle actuelle et pourrait être un sujet de réflexion pour les futurs législateurs constituants. Dans cette perspective, une nouvelle disposition constitutionnelle, intégrée dans le Chapitre sur le *Système financier et fiscal* (CHAPITRE IV du TITRE IV) pourrait, clairement, préciser cet aspect, en particulier, dans l'article consacré au *Budget de l'État* (Article 130). L'aspect technique relevant est, certainement, celui lié à la détermination d'un "*montant non inférieur à un pourcentage déterminé du Budget de l'État*", mais ceci n'est pas un exercice impossible et, pour le moins, cette nouvelle disposition constitutionnelle pourrait garantir une effective indépendance matérielle des tribunaux judiciaires et des magistrats par la garantie d'une allocation de ressources financières à l'Administration de la Justice²²⁵. Dans son discours d'ouverture de l'année judiciaire 2012, le Président de la Cour Suprême a formellement défendu cette option: «*Nous défendons un modèle dans lequel le Judiciaire jouisse de la plus grande autonomie financière et dans lequel on fixe au niveau de la Constitution un pourcentage minimum d'une partie du budget destinée aux tribunaux, comme cela est le cas dans certains pays ...*»²²⁶. En outre, le principe d'autonomie ou d'indépendance financière des tribunaux judiciaires, formellement garanti par la Constitution, permet, tirant profit de l'expérience brésilienne dans cette matière, de dresser une protection juridique contre les coupes budgétaires effectuées par le Pouvoir exécutif ou par le Pouvoir législatif "*... principalement, en raison du respect pour le principe de séparation des pouvoirs*"²²⁷. Dans tous les cas, le Parlement pourra seulement ajuster le budget aux limites établies et imposées par la Loi Fondamentale.

b) La garantie constitutionnelle d'une procédure budgétaire propre à l'Administration de la Justice

Si un volume financier quantitativement approprié constitutionnellement garanti est nécessaire, cet aspect n'est pas encore suffisant. Il faut, également, garantir une procédure adéquate pour défendre ce budget et, une procédure d'exécution budgétaire adaptée pour garantir l'autonomie de son exécution. Les conclusions de la *Conférence de Macao* peuvent être, ici aussi, d'une grande utilité. La garantie d'un volume financier relativement prévisible avec une marge d'erreur limitée, pour l'Administration de la Justice, implique un changement radical dans le processus d'élaboration et de présentation du budget de l'Administration de la Justice au Parlement. La proposition défendue par la *Conférence de Macao* était que: «*Le pouvoir judiciaire doit avoir l'initiative et la compétence pour élaborer, présenter et justifier son budget devant l'organe législatif, pour que ce dernier l'approuve*». Il n'existe pas d'empêchement de principe pour accueillir cette proposition dans la Constitution qui garantit et renforce, de forme efficace, l'indépendance financière des tribunaux judiciaires. Une altération des articles 222 et 223 de la Constitution pourraient facilement consacrer le contenu de cette proposition en attribuant au Conseil Supérieur de la Magistrature Judiciaire cette compétence. Il découle de ce choix, la nécessité d'organiser une procédure budgétaire d'exécution adaptée à cette nouvelle réalité. Le Communiqué Final de la *Conférence de Macao* a, également, émis un commandement digne d'intérêt sur cette matière: «*Le pouvoir d'exécution du budget de tous les tribunaux devra être confié au propre pouvoir judiciaire,*

²²⁵ La Constitution Fédérale du Brésil consacre des dispositions spécifiques sur la garantie de l'autonomie administrative et financière du "Poder Judiciário", voir en particulier, l'Article 99.º. Dans cet État fédéral, c'est la *Lei de Responsabilidade Fiscal* qui garantit au pouvoir judiciaire des ressources financières dans une limite de 6% des recettes courantes liquides de l'État (Article 20), cfr. QUIRINO DO NASCIMENTO SOUZA JÚNIOR A., "Da independência financeira dos Tribunais estaduais e a separação dos poderes", op. cit., p. 1; FIGUEIREDO C.M., et al., *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*, Editora Revista dos Tribunais, 2.ª edição revista, atualizada e ampliada, 2001, p. 137 et s.

²²⁶ *Discurso do Presidente do Tribunal Supremo, por ocasião da abertura do ano judicial de 2012*, op. cit., p. 7.

²²⁷ QUIRINO DO NASCIMENTO SOUZA JÚNIOR A., op. cit., p. 2.

adéquatement décentralisé et équipé des indispensables moyens humains et matériels». L'autonomisation de cette procédure doit être également accompagnée de toute la transparence due à une procédure de cette nature pour permettre à la société civile de suivre l'utilisation des moyens dégagés et leur affectation.

c) L'incompatibilité de l'exercice de la fonction judiciaire avec une affiliation à un parti politique

Ne peut-on pas avoir un doute raisonnable sur l'impartialité d'un magistrat affilié à un parti politique quand sont en cause, dans un procès que ce dernier est amené à connaître, les intérêts de ce même parti ou quand sont en cause les intérêts du Gouvernement constitué, lui-même, par des personnes affiliées à ce même parti? Autrement dit, qu'elle serait la conclusion d'une personne bien informée qui étudierait de manière approfondie, réaliste et pratique cette question?

Il a été défendu que: *“A number of controversial cases, some of which are awaiting a final decision by the Supreme Court, illustrate major concerns raised regarding the independence of the judiciary when FRELIMO is involved (...). Without entering into the substance of the case, steps have to be taken to prevent and sanction any possible interference by political parties in the judiciary”*²²⁸. En outre un rapport récent a mentionné que: *“Information received indicated that, in numerous cases, membership of the ruling party (in power since 1975) is a de facto prerequisite for access to public administration, including the judiciary, as well as for advancement and job security. This situation and the lack of an effective system of checks and balances constitute considerable obstacles to the development of a truly independent judiciary”*²²⁹. Nessas condições, será que não existe um receio razoável de parcialidade? Assim, se pode legitimamente reflectir sobre a questão da compatibilidade entre as funções dos magistrados judiciais e a filiação a um partido político sobretudo quando este está a assumir o poder. Ces inquiétassions n'ont pas échappé à l'ordre juridique brésilien qui a consacré dans la Constitution une norme d'interdiction (“vedado”) des activités politiques pour les juges (III do § unique de l'Article 95 de la Constitution). Il faut cependant ajouter que les termes *“atividade político-partidária”* ont été interprétés, par la jurisprudence brésilienne, comme impliquant l'interdiction de la propre affiliation à un parti politique²³⁰. Autrement dit, les magistrats peuvent seulement devenir membre d'un parti politique et développer des activités de cette nature, dans les situations où ils n'exercent plus de fonctions judiciaires. Il est contraire à la Constitution brésilienne, pour un magistrat, d'exercer simultanément des fonctions judiciaires et des activités politiques dans laquelle on comprend celle d'être affiliée à un parti politique²³¹; comme l'a souligné MÁRIO MACHADO: *“Cette interdiction a sa raison d'être et doit exister. Des liens entre des Magistrats et des partis politiques, leurs représentants et leurs membres constitueraient un danger pour l'indépendance et l'impartialité du magistrat”*²³². Ainsi, il existe suffisant de fondements pour procéder à une révision de l'Article 219 de la Constitution.

²²⁸ KNAUL G., *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers*, op. cit., n.º 33.

²²⁹ Idem, n.º 93.

²³⁰ Resolução n.º 22.012, Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 16 Número 1 – Janeiro/Março 2005, in, http://www.tse.jus.br/internet/CatalogoPublicacoes/revista_eletronica/internas/rj16_1/paginas/resolucoes/ac22012.htm

²³¹ Resolução n.º 20.886, Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 13 Número 2 – Abril/Junho 2002, in, http://www.tse.jus.br/internet/CatalogoPublicacoes/revista_eletronica/internas/rj13_2/paginas/resolucoes/res20886.htm

²³² II Seminário de Direito para Jornalistas – 30.08.2000, in, http://www.tjdf.tj.br/trib/imp/semDir/docSem/IIsem/dia30/IIsem30_visao.pdf

B. Comment une révision constitutionnelle pourrait renforcer l'indépendance institutionnelle des magistrats judiciaires?

La concentration institutionnalisée des pouvoirs du Président de la République “... *is a major factor having a detrimental impact on the independence of the judiciary*”²³³. Dans cette perspective, comment limiter les effets négatifs de cette intervention? Une application plus rigide du principe de séparation des pouvoirs dans une optique de meilleure indépendance du Pouvoir judiciaire implique, d'une part, une révision des pouvoirs d'intervention du Pouvoir exécutif dans ses relations avec le Pouvoir judiciaire (a), et, d'autre part, un renforcement de l'«autogouvernement» des tribunaux (b). Dans tous les cas, l'indépendance institutionnelle du «judiciaire» passe, également, par la recherche d'un meilleur équilibre des trois pouvoirs de l'État ce qui présuppose un changement de la nature du système de Gouvernement en vigueur au Mozambique.

a) La révision des pouvoirs d'intervention du Pouvoir exécutif vis-à-vis du Pouvoir judiciaire

La révision des pouvoirs d'intervention du Pouvoir exécutif passe, pour le moins, par l'altération des pouvoirs d'intervention du Président de la République dans l'Administration de la justice (1) et par la suppression de son droit de grâce (2).

1. La révision des pouvoirs d'intervention du Président de la République dans l'Administration de la Justice

L'intervention du Président de la République dans l'Administration de la Justice au travers de ces pouvoirs de nomination des personnalités mentionnées dans l'Article 159 de la Constitution ne favorise pas l'émancipation du Pouvoir judiciaire vis-à-vis du Pouvoir exécutif, du reste, une des recommandations proposées par la *Special Rapporteur* a été, justement, de: “... *reducing the concentration of power in the hands of the President of the Republic and the role of the Executive organ in judicial affairs*”²³⁴. Une véritable indépendance institutionnelle des tribunaux et des magistrats ne peut se satisfaire de ces nominations. La solution la plus opportune serait de supprimer ces pouvoirs de nomination, c'est-à-dire, concrètement, l'alinéa g) de l'Article 159 de la Constitution. Cette position peut apparaître comme radicale, mais c'est la plus indiquée pour garantir que le Pouvoir exécutif n'interfère dans la désignation des plus hauts magistrats du pays. En outre, se pose la question du maintien ou non de la nomination du Procureur-Général et du Vice-Procureur Général de la République par le Président de la République, ainsi que de l'autonomie financière du Ministère Public²³⁵. La *Special Rapporteur* au sujet de l'indépendance des juges et des avocats a insisté sur ce fait dans les termes suivants: “*The Special Rapporteur wishes to draw attention to the need to strengthen the independence of the Office of the Attorney-General, including reviewing the constitutional provision on nomination and dismissal (art. 239) and ensuring its financial autonomy*”²³⁶. De même, un débat intéressant a eu lieu dans certains États sud-américains sur ce sujet, en particulier, au Mexique où «... *depuis des dizaines d'années, il existe la conviction selon laquelle le ministère public ne doit pas dépendre du*

²³³ KNAUL G., *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers*, op. cit., n.° 32.

²³⁴ Idem, p. 22.

²³⁵ Voir, par exemple, le débat sur ce sujet au Brésil, CARVALHO CORDEIRO G., *A não independência financeira do Ministério Público*, in, <http://www.pgi.ce.gov.br/servicos/artigos/artigos.asp?iCodigo=15>

²³⁶ KNAUL G., *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers*, op. cit., n.° 103.

Pouvoir exécutif pour que l'enquête préliminaire ne courre pas le risque d'être contaminée par des éléments de caractère politique, allant jusqu'à marginaliser la loi par l'appel à la raison d'État ou pour intérêts particuliers»²³⁷. Ainsi une réflexion profonde doit être promue dans le sens de repenser le Ministère Public comme organe constitutionnel véritablement autonome. En particulier, les modalités de la nomination du Procureur-Général et du Vice-Procureur-Général (n.º 1 de l'Article 239 de la Constitution) ainsi que sa responsabilité (n.º 2 de l'Article 239 de la Constitution) doivent être revues.

2. La suppression du droit de grâce

Le droit de grâce du Président de la République constitue une ingérence caractérisée dans l'exécution des décisions des tribunaux judiciaires. La suppression de cette disposition constitutionnelle qui attribue cette prérogative au Président de République (alinéa i) de l'Article 159 de la Constitution) doit donc être revue.

b) Le renforcement de «autogouvernement» des tribunaux

La protection contre l'influence exercée par les autres pouvoirs de l'État implique, dans une large mesure, un renforcement de l'«autogouvernement» des magistrats et des fonctionnaires de Justice. En particulier, les modalités de nomination des juges et du Président de la Cour Suprême doivent être revues (1). En outre, le Pouvoir judiciaire doit avoir un rôle proactif pour rendre plus effectif le principe d'interdépendance des pouvoirs consacré dans l'Article 134 de la Constitution. Dans cette perspective, et avec l'aide des expériences étrangères pertinentes dans cette matière, on peut proposer l'attribution d'un véritable pouvoir d'initiative des lois, en matière d'Administration de la Justice, aux organes de gestion et de discipline des respectifs ordres de juridictions (2).

1. La nomination des juges et du Président de la Cour Suprême

La question est simple, si, par hypothèse, le pouvoir de nomination des principales autorités de l'Administration de la Justice n'appartient plus au Président de la République qu'elle serait la meilleure procédure ou le meilleur mécanisme pour leur désignation, prenant en compte le paradigme du renforcement de l'indépendance institutionnelle de la Justice dans son ensemble?

Le débat a déjà eu lieu en 2004 à l'occasion de la révision constitutionnelle antérieure. En particulier la proposition présentée par TOMÁS TIMBANE mérite attention. En effet, cet auteur a défendu que: *«Prenant en considération le principe de séparation des pouvoirs, nous jugeons que les juges de ce tribunal doivent accéder à une telle fonction en tenant en compte, principalement, leur mérite et, surtout, leur capacité professionnelle, à travers une procédure gérée par l'organe de gestion et de discipline de la magistrature, le Conseil Supérieur de la Magistrature Judiciaire. En outre, le Président et le Vice-président de cette haute juridiction doivent être élus par leurs pairs, pour un mandat déterminé. Se les tribunaux sont des organes du Pouvoir judiciaire, lequel doit se tenir éloigné des influences du pouvoir politique, pourquoi ne pas concéder la compétence de nommer les juges à un organe aussi peu suspect comme le Conseil Supérieur de la Magistrature Judiciaire et soumettre la direction du tribunal à la règle de la cooptation parmi les juges? On gagne, avec ceci, la nécessaire*

²³⁷ CARPIZO J., *El Ministerio Público Chiapaneco como órgano constitucional autónomo*, in, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/14/cl/cl12.htm>

indépendance requise par ces organes»²³⁸. Cette proposition n'est pas nouvelle en droit comparé. Par exemple, pour ce qui concerne la désignation du Président de la Cour Suprême de Justice, la Constitution de la République portugaise prévoit que: «*Le Président de la Cour Suprême de justice est élu par les respectifs juges*» (n.º 2 de l'Article 212.º) et en ce qui concerne la nomination des juges, la Constitution de la République de Guinée-Bissau prévoit que les juges de la Cour Suprême de Justice «... *sont nommés par le Conseil Supérieur de la Magistrature*» (n.º 1 de l'Article 120.º).

2. L'initiative des lois en matière d'Administration de la Justice

Jusqu'à ce jour, tout le potentiel de l'Article 134 de la Constitution n'a pas été dument exploité. Les interprètes ont seulement concentrés leurs efforts sur la signification du principe de séparation des pouvoirs oubliant que la disposition constitutionnelle susmentionnée consacre, également, le principe de l'«interdépendance des pouvoirs». Dans cette perspective, on peut concevoir des relations d'interdépendance entre le Pouvoir législatif et le Pouvoir judiciaire qui pourraient se concrétiser par l'attribution d'un pouvoir d'initiative des lois au Pouvoir judiciaire. Il n'a rien d'extraordinaire dans cette proposition. En droit comparé, certains systèmes juridiques ont consacré ce mécanisme; par exemple, dans la Constitution Fédérale du Brésil, la Cour Suprême Fédérale a l'initiative des lois (Article 61º de la Constitution brésilienne). Cette proposition contribuerait au renforcement de l'«autogouvernement» du Pouvoir judiciaire dans son ensemble. En effet, pour le moins, les organes de gestion et de discipline des respectives magistratures auraient, ainsi, une meilleure maîtrise du processus de révision de leur statut ayant, quand elles jugeraient le moment le plus opportun, l'initiative de déclencher un processus de réforme sans dépendre, pour cela, de l'action d'un des autres pouvoirs.

CONCLUSION

L'indépendance de la Justice doit être appréhendée comme un processus qui se construit constamment. L'essentiel est que ce processus ne s'arrête pas ou n'entre pas dans un cycle ou un état de régression. Quel que soit les ordres juridiques en question, qu'ils soient tendanciellement de *Commun Law* ou de droit civil, le consensus existe selon lequel l'indépendance de la magistrature doit être protégée ou préservée. L'élaboration et la procédure d'adoption des *Bangalore Principles of Judicial Conduct* sont de bons exemples de la transversalité des préoccupations de systèmes juridiques distincts qui ont su trouver des consensus sur des positions et solutions satisfaisantes pour tous. Cette méthode doit être poursuivie dans la mise en œuvre de ces principes. Chaque système juridique peut partager avec les autres ses expériences sur l'acculturation de ces principes, les résistances qu'ils ont soulevées dans leur mise en œuvre et les succès auxquels ils ont conduit. Cette stratégie de partage entre les juridictions intéressées peut être une démarche constructive positive dans la mise en œuvre des principes fondamentaux nécessaires à la garantie de l'indépendance des magistrats dans chacun des systèmes en partage. Cette stratégie mise en œuvre au niveau régional peut avoir un impact extrêmement bénéfique pour les juridictions impliquées dans ce processus.

Le renforcement de l'indépendance de la magistrature judiciaire sert les principes constitutionnels qui sous-tendent un Etat démocratique de Droit; c'est pour cette raison que

²³⁸ TIMBANE T., "O Poder Judicial no Projecto da Constituição", op. cit., p. 137.

l'on ne peut perdre une opportunité de, au travers de la révision constitutionnelle, consolider, et innover pour rendre plus effective l'indépendance du Pouvoir judiciaire. Dans cette perspective, les propositions ici présentées peuvent servir de voies de réflexion pour un débat ouvert sur le «*constitutionnalisme judiciaire*».